INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

ANNUAIRE

Tome 58

1979

I

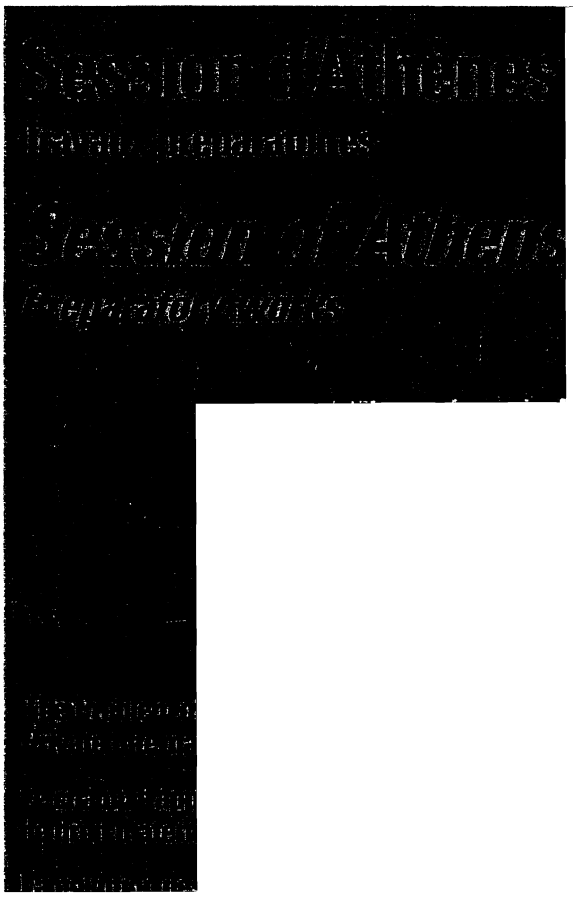
Réimpression
SCHMIDT PERIODICALS GMBH
D-83075 Bad Feilnbach / Germany
2001

Réimpression publiée avec l' accord de l' éditeur,
l' Institut de Droit International, Genève, Suisse.

Institut de Droit international
Institute of International Law

Annuaire
Yearbook

Vol. 58
Tome/Part I



Justitia
et
Pace

S.Karger · Basel · München · Paris · London · New York · Sy

Institut de Droit international
Annuaire, Vol. 58, Tome I
Session d'Athènes 1979
Travaux préparatoires

Institute of International Law
Yearbook, Vol. 58, Part I
Session of Athens 1979
Preparatory works

Institut de Droit international

Annuaire

Vol. 58, Tome I

Session d'Athènes 1979

Travaux préparatoires

Justitia et Pace

S. Karger · Basel · München · Paris · London · New York · Sydney · 1979

Institute of International Law

Yearbook

Vol. 58, Part I

Session of Athens 1979

Preparatory works

Justitia et Pace

S. Karger · Basel · München · Paris · London · New York · Sydney · 1979

Adresses de l'Institut de Droit international

Secrétariat:

Professeur Paul De Visscher,
Secrétaire général,
52, Av. de l'Atlantique, Bte 10,
B-1150 Bruxelles (Belgique)
Tél. (02) 762 75 64

Mme Hans Wehberg
3, place des Eaux-Vives
CH-1207 Genève (Suisse)
Tél. (022) 36 26 20

Trésorerie:

Ambassadeur Rudolf L. Bindschedler,
Trésorier,
77, Rabbentalstr.
CH-3013 Berne (Suisse)
Tél. (031) 42 28 56

Mme René Lachenal
12, rue du Vieux-Moulin
CH-1213 Onex-Genève (Suisse)
Tél. (022) 92 41 09

All rights reserved.
No part of this publication may be translated into other languages, reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, microcopying, or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

© Copyright 1979 by S. Karger AG, 4011 Basel (Switzerland), Arnold-Böcklin-Strasse 25
Printed in Switzerland by Basler Zeitung, Basel
ISBN 3-8055-2987-2

Table des matières

The Problem of Choice of Time in Private International Law
[The Intertemporal Problem in Private International Law]
(24th Commission)

The Problem of Choice of Time in Private International Law
Provisional Report and Draft Resolution of Professor Ronald Graveson 1
Part I: Replies to the Questionnaire 2
Part II: General Considerations 18
Part III: Draft Resolution 25
Annex I: Observations of the members of the 24th Commission in reply to the Preliminary Exposition and Questionnaire of June 30th 1976 29
1. Observations of Professor Giorgio Cansacchi 29
2. Observations of Professor Rodolfo De Nova 32
3. Observations of Professor Franz Gamillscheg 33
4. Observations of Professor Pierre Gannagé 36
5. Observations of Professor Sir Otto Kahn-Freund 42
6. Observations of Professor Willis L. M. Reese 44
7. Observations of Professor François Rigaux 47
8. Observations of Professor Max Sørensen 48
9. Observations of Professor Alfred E. von Overbeck 51
Annex II: Preliminary Exposition of Professor Ronald Graveson 56
Questionnaire 73

The Problem of Applicable Time in Private International Law
[The Intertemporal Problem in Private International Law]
(24th Commission)

Definitive Report and Revised Draft Resolution of Professor Ronald Graveson 75
Part I: General Observations 76

Part II: Particular Observations on the Draft Resolution and Comments on the revised Draft Resolution 78
Part III: Revised Draft Resolution 83
Annex: Observations of the members of the 24th Commission on the Provisional Report and Draft Resolution of Professor Ronald Graveson of July 7th 1977 86
1. Observations of Professor Giorgio Cansacchi 86
2. Observations of Professor Rodolfo De Nova 87
3. Observations of Professor Sir Otto Kahn-Freund 88
4. Observations of Professor Willis L. M. Reese 91
5. Observations of Professor Alfred E. von Overbeck 93
6. Observations of Professor Haroldo Valladão 94

Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités

(Vingt-troisième Commission)

Exposé préliminaire et questionnaire de M. Alfred E. von Overbeck 97
Introduction (Nos 1–16) 97
A. Le mandat de la Vingt-troisième Commission (Nos 1–14) 97
1. Les traités (Nos 1–6) 97
2. Les règles de conflit ou de droit matériel uniforme (Nos 7–10) 100
3. Le champ d'application (Nos 11–14) 101
B. Plan du présent exposé (No 15) 102
C. But des travaux de la Commission (No 16) 103
Chapitre I: La Conférence sur la vente, de 1964, et la prétendue contradiction entre droit uniforme et droit international privé (Nos 17–23) 103
A. Les travaux de la Conférence de 1964 et les solutions de la convention portant loi uniforme sur la vente (Nos 17–18) 103
B. La discussion doctrinale (No 19) 105
C. Le champ d'application tel qu'il résulte du jeu des réserves (Nos 20–22) 106
D. La portée de l'exclusion du droit international privé par l'art. 2 LUVI (No 23) 107
Chapitre II: Le champ d'application du droit uniforme (Nos 24–69) 108
A. Le champ d'application *ratione materiae* (Nos 24–30) 108
1. Réglementation d'une matière dans son ensemble et limitation de l'unification à l'indispensable (Nos 25–27) 108
2. Le choix des critères de délimitation (Nos 28–30) 109
B. Le champ d'application *ratione temporis* (Nos 31–35) 110
1. Le moment déterminant pour une circonstance de rattachement ou d'applicabilité (Nos 31–32) 110
2. Le moment où le droit uniforme doit être en vigueur (Nos 33–35) 111
C. Le champ d'application dans l'espace (Nos 36–69) 112
1. Le choix du droit matériel uniforme par les parties (No 37) 112
2. L'application du droit matériel uniforme par l'intermédiaire des règles de conflits (Nos 38–42) 113

3. Observations générales sur les règles d'applicabilité (Nos 43–48) 115
4. Types de règles d'applicabilité du droit uniforme (Nos 49–61) 117
5. Dispositions particulières relatives au caractère international (Nos 62–63) 120
6. Esquisse d'appréciation des systèmes décrits (Nos 64–69) 121
Chapitre III: La réciprocité et les réserves (Nos 70–98) 122
A. La réciprocité dans l'application du droit non conventionnel (Nos 71–74) 123
1. Reconnaissance et exécution de jugements (No 72) 123
2. Condition des étrangers (No 73) 123
3. Conflits de lois (No 74) 124
B. La réciprocité dans les conventions (Nos 75–82) 124
1. Observations générales (No 75) 124
2. La réciprocité dans les divers types de conventions (Nos 76–82) 125
C. La question de l'effet réciproque des réserves (Nos 83–98) 128
1. Les conventions de droit international privé (Nos 84–91) 128
2. Les conventions contenant des règles de droit matériel uniforme (Nos 92–98) 134
Annexe I: Questionnaire 139
Annexe II: Observations des membres de la Vingt-troisième Commission sur l'exposé préliminaire et le questionnaire 141
1. Observations de M. Henri Batiffol 141
2. Observations de M. Rodolfo De Nova 146
3. Observations de M. Ronald H. Graveson 148
4. Observations de M. Georges van Hecke 151
5. Observations de Sir Otto Kahn-Freund 152
6. Observations de M. Adolfo Miaja de la Muela 155
7. Observations de M. Gaetano Morelli 157
8. Observations de M. François Rigaux 159
9. Observations de M. Fritz Schwind 160

Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités

(Vingt-troisième Commission)

Rapport définitif et projet de résolution de M. Alfred E. von Overbeck
Introduction (Nos 1–6) 162
1. L'objet des travaux de l'Institut (Nos 1–3) 162
2. La méthode de travail suivie (Nos 4–5) 163
3. La structure du projet de résolution (No 6) 164
Commentaire du projet de résolution (Nos 7–70) 164
Préambule (No 7) 164
I. Traités visés par la résolution (Nos 8–17) 165
Article premier (Nos 8–17) 165
Observations générales (Nos 8–15) 165
Alinéa premier (No 16) 168
Alinéa 2 (No 17) 168

II. Points à régler dans les traités (Nos 18–30) 168
Article 2 (Nos 18–31) 168
Alinéa premier (Nos 19–27) 168
Alinéa 2 (Nos 28–30) 171
III. Conditions d'applicabilité (Nos 31–64) 171
Article 3 (Nos 32–33) 171
Article 4 (Nos 34–41) 172
Alinéa premier (Nos 34–36) 172
Alinéa 2 (Nos 37–39) 173
Alinéa 3 (Nos 40–41) 174
Article 5 (No 42) 174
Article 6 (Nos 43–55) 175
Alinéa premier (Nos 44–45) 175
Alinéa 2 (Nos 46–53) 175
Alinéa 3 (No 54) 177
Alinéa 4 (No 55) 178
Article 7 (Nos 56–61) 178
Article 8 (Nos 62–64) 179
IV. Réserves et réciprocité (Nos 65–70) 180
Article 9 (No 65) 180
Article 10 (Nos 66–70) 180
Alinéa premier (No 67) 180
Alinéa 2 (No 68) 180
Alinéa 3 (Nos 69–70) 181
Projet de résolution 182
Annexe: Table des conventions citées 187

La pollution des fleuves et des lacs et le droit international

(Quinzième Commission)

Rapport provisoire de M. Jean J. A. Salmon 193
Introduction 193
I. Enseignement de la pratique conventionnelle 194
II. Enseignement dégagé par le droit international général 200
A. Généralités 200
B. Fondement de l'interdiction de polluer 201
a) Les principes de l'interdiction de l'abus de droit et *sic utere tuo ut alienum non laedas* son fréquemment invoqués en doctrine 202
b) La notion de servitude 203
c) Les principes découlant des rapports de voisinage 203
d) Le principe d'égalité de droit d'utilisation des eaux et d'exploitation des ressources naturelles 204
e) Le principe d'utilisation non dommageable du territoire, en particulier dans sa formulation de Stockholm (principe 21) 208

C. Qui peut se prévaloir de l'interdiction de polluer? les Etats, les hommes, les peuples? ... 210
a) Droits de l'homme ... 210
b) Droit des peuples ... 212
D. Quel est le contenu de l'obligation de ne pas polluer? ... 213
a) Interdiction absolue d'altérer l'eau – Principe d'intégrité ... 213
b) Obligation de diligence ... 216
c) L'obligation est-elle simplement de ne pas créer à autrui un dommage «sérieux» ou «substantiel»? ... 218
d) Faut-il tenir compte du principe de l'égalité de droit d'utilisation des eaux pour délimiter l'obligation de diligence? ... 222
e) Faut-il distinguer entre pollution ancienne et pollution nouvelle? ... 223
f) Les règles sont-elles les mêmes pour tous ou bien y a-t-il des règles distinctes pour les pays en voie de développement? ... 226
g) Conclusion ... 227
E. La responsabilité internationale ... 228
a) Responsabilité pour violation d'obligations conventionnelles ... 228
b) Responsabilité pour violation de l'obligation de diligence du droit international général ... 230
c) Responsabilité sans acte illicite ... 231
d) Imputabilité à l'Etat des actes commis par les particuliers sous sa juridiction ou son contrôle ... 231
III. La coopération internationale ... 234
1. Coopération en cas de contestation particulière ... 235
a) Obligation d'avertir, d'informer, de consulter ... 235
b) Obligation d'obtenir le consentement ... 239
c) Obligation de négocier ou de régler pacifiquement ces différends ... 240
2. Coopération de caractère général ... 241
a) L'échange d'informations ... 242
b) Traités internationaux ... 243
c) Les commissions internationales ... 244
1. Types de commissions ... 244
2. Extension géographique de leur compétence ... 246
3. Extension des compétences et moyens d'action ... 246
d) Détermination de normes d'environnement ... 249
e) Garanties pour les particuliers ... 253
1. Garanties au stade de la prévention ... 254
2. Garanties au stade de la réparation ... 256
f) Le principe pollueur-payeur ... 260
IV. Données succinctes relatives à la pratique étatique ... 261
Projet de résolution ... 264
Annexe I: La pollution des fleuves et des lacs et le droit international (Quinzième Commission). Exposé préliminaire de M. Jean J. A. Salmon ... 268
Section I: Pollution ... 268
Section II: Fleuves et lacs ... 272
Section III: Le droit international ... 275

Section IV: Rappel des travaux de l'Institut en la matière 275
A. Le rapport de L. von Bar et la Résolution de Madrid du 20 avril 1911 .. 275
B. Le rapport de M. J. Andrassy et la Résolution de Salzbourg du 13 septembre 1961 277
Section V: Autres travaux et réalisations dans le domaine 279
Section VI: Opportunité de la continuation des travaux de la Quinzième Commission et délimitation de sa mission 285
Section VII: Suite des travaux de la Commission 292
Annexe II: Questionnaire relatif à la pollution des fleuves et des lacs et le droit international 294
Annexe III: Observations des membres de la Quinzième Commission en réponse au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire 296
1. Observations de M. Claude-Albert Colliard 296
2. Observations de M. Robert Y. Jennings 298
3. Observations de M. Myres Smith McDougal 300
4. Observations de M. Edward McWhinney 302
5. Observations de M. Charles Rousseau 304
6. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern 305
7. Observations de M. José Sette-Câmara 307
8. Observations de M. Haroldo Valladão 310
9. Observations de M. Jan H. W. Verzijl 311
10. Observations de M. Karl Zemanek 313
11. Observations de M. Piero Ziccardi 314
12. Observations de M. Jaroslav Žourek 315
Annexe IV: Liste des conventions consultées 317

La pollution des fleuves et des lacs et le droit international

(Quinzième Commission)

Rapport définitif de M. Jean J. A. Salmon 330
Préambule: 1er considérant 331
Préambule: 2e considérant 334
Préambule: 3e considérant 334
Préambule: 4e considérant 334
Préambule: 5e considérant 335
Préambule: Nouveau considérant éventuel 336
Préambule: Dernier alinéa 337
Article I 338
Article II 341
Article III 345
Article IV 348
Article V 350
Article VI 351
Article VII 357

Projet de résolution 358
Annexe: Observations des membres de la Quinzième Commission sur le rapport provisoire 362
1. Observations de M. Claude-Albert Colliard 362
2. Observations de M. Robert Y. Jennings 365
3. Observations de M. Myres S. McDougal 365
4. Observations de M. Edward McWhinney 366
5. Observations de M. Charles Rousseau 367
6. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern 368
7. Observations de M. José Sette-Câmara 369
8. Observations de M. Jan H. W. Verzijl 374
9. Observations de M. Karl Zemanek 376
10. Observations de M. Piero Ziccardi 378
11. Observations de M. Jaroslav Žourek 378

The Problem of Choice of Time in Private International Law
(24th Commission)[1]

Provisional Report and Draft Resolution

Ronald Graveson

In our Preliminary Exposition[2] we outlined the origin of the 24th Commission and noted particularly that it was in a sense the child of the 11th, that on the Intertemporal Problem in Public International Law. As we observed in the discussions at Wiesbaden, for various reasons it appeared that certain problems of concern to private international law fell outside the scope of public international law, while others were resolved on different principles. Accordingly in introducing this Provisional Report we face an apparent dilemma – filial piety and rational conviction alike persuade us to follow where possible the Resolution of the Institute on the Intertemporal Problem in Public International Law[3]. On the other hand it is the very differences and gaps themselves between the two systems that justify our undertaking a separate enquiry. It is for our Confrères to judge whether these differences have justified the undertaking.

The 24th Commission was created by a decision of the Bureau of the Institute of January 1976. The Preliminary Exposition together with a questionnaire was distributed to members of the Commission in July 1976, and the last replies to the questionnaire were received in April 1977. On the basis of those replies we are now able to submit this Provisional Report. In it we propose to adopt the scheme of first considering the replies to the fifteen questions we presented, secondly dealing with

[1] The Commission is composed of MM. Graveson, *rapporteur*, Cansacchi, De Nova, Gamillscheg, Gannagé, Sir Otto Kahn-Freund, MM. von Overbeck, Reese, Rigaux, Sørensen, Sperduti, Szászy, members.

[2] See pp. 57–85 *infra*.

[3] *Annuaire*, session de Wiesbaden, 1975, vol. 56, pp. 536–541.

some general matters and finally submitting our provisional recommendations.

Part I

Replies to the Questionnaire

Our first and most pleasant duty is to offer our cordial thanks to all our Confrères who have responded so helpfully to our questionnaire. Each one has contributed positively to this inquiry, bringing to it the benefit of his own special knowledge and experience. Some have gone beyond the specific points of the questions asked: others have been moved to rejection of some of them. Several have been good enough to draw attention to authorities not mentioned in the Preliminary Exposition. In all these respects that document has achieved its purpose of not simply introducing the subject from a standpoint not hitherto taken, but by omission and commission of stimulating positive and constructive reaction. Thus we are deeply indebted to our fellow-members of the 24th Commission for a solid and well-balanced foundation on which to build the next storey of our temporal edifice.

Question 1: Do you agree that the problem of time in private law, and notably in private international law, contains aspects which justify its special treatment by the 24th Commission?

What an auspicious beginning to be able to report affirmative replies from every member of the Commission! In para. 1 of the Preliminary Exposition we drew attention to the terms of reference of the 24th Commission, 'le problème intertemporel en droit privé', and suggested that members might wish to regard this as limited in principle, though not rigidly, to 'droit international privé'. On this point Professor *De Nova* would exclude substantive private law, while Judge *Sørensen* took the view that the intention of the Institute was to confine discussion to private international law. Our sense of the general opinion of the Commission is that we should regard ourselves as free to consider matters even beyond the strict rules of private international law if they were relevant to the problem of choice of time in a situation of competing legal systems, for example, as between New York and California. This is the sense in which we intended

to place the proposal before the Institute and in which we hope it was accepted. Our distinguished Danish Confrère further questions the English form, 'The Problem of Time' of the French word '*intertemporel*'. This is a general matter which we consider in Part II, and at this point we merely propose the expression 'Choice of time', to represent the English equivalent of 'intertemporel' in our terms of reference.

Question 2: Do you regard 'le problème intertemporel en droit privé' as

(a) limited to the scope of the theories of droit transitoire *and* conflits mobiles;

(b) limited to private international law;

(c) including all questions of the choice of alternative times in matters of private international law and jurisdiction?

(Paras. 1–2 Preliminary Exposition)

The wider view was indeed supported by replies to this question. No member favoured alternative (a); three chose alternative (b) while the majority of five supported (c). The bare statement of numerical support fails to indicate either the valuable comments or the main lines of difference between the advocates of solutions (b) and (c). Perhaps the most striking difficulty for some Confrères was to include questions of jurisdiction in what has traditionally been considered a problem of applicable law. Professor *Cansacchi*'s recognition of the relevance and importance of jurisdictional problems was qualified by his doubt about having enough time to consider them, while Professor *De Nova* would possibly include only some relevant questions of jurisdiction. Judge *Sørensen* thought that questions of jurisdiction should be considered separately. On the other hand, most members did not seek to distinguish the two aspects in either importance or relevance. It is not thought that the problem of jurisdiction will be unduly difficult or time-consuming, and since it is comprised in the third alternative chosen by a majority of our Confrères, we propose that it be considered.

Question 3: Do you agree that we should recommend a principle on the determination of time and date in private international transactions? If so, what solution(s) would you suggest?

(Para. 3, P. E.)

A majority of members of the Commission were opposed to the inclusion of this question for various reasons. Judge *Sørensen* regarded it both as exceeding the meaning of 'le problème intertemporel', and that the solution could be found in the ordinary private international rules of contract. Professor *Reese* was reluctant to accept a general principle beyond the intention of parties to a contract, though he conceded that a principle calling for the acceptance of the later date in questions of prescription might be acceptable. On the other hand Professor *Gannagé,* while regarding the problem as one of conflict in space rather than time, thought that such a rule as that proposed would achieve uniformity of solutions if it were generally accepted. Professor *von Overbeck* thought that a principle in favour of either the earlier or later date would be satisfactory.

Apart from the general acceptance of alternative 2 (c), discussed above, our own view may be deduced from the Preliminary Exposition, para. 3, where we observe the close relationships between time and place in this matter. The problem arises most acutely in cases of instantaneous communication between different time or date zones, normally in matters of commercial contract. In such cases, if the parties have not agreed on this matter it is insufficient to refer the question of the effective time or date to the *lex causae* for at least two reasons: (i) the *lex causae* is not known until a contract has been made, the parties have been legally advised and possibly have concluded lengthy litigation; (ii) when eventually ascertained, the *lex causae* in some cases may contain no rule whatever on the matter. The objection that we would be creating a rule of material law, not private international law, is not decisive of the matter, since private international law in the view of our Confrères of common law training is not incompatible with material law, and in fact contains much of it. Nevertheless the proposal of recommending a simple formula of adopting the later or latest of relevant times or dates, in the absence of agreement of the parties where relevant, will not be pursued in this connection.

There is, however, another aspect of the question to which attention is invited. If we accept the widely held view that an act of relevance in private international law should be governed by the law of the place of commission at the time of commission, we are faced inescapably with the problem of definition of the time/place relationship whenever the act may be considered to have been committed in different places with different definitions of the single time of commission of the act. We can only clarify our proposals by resorting to some criterion of definition for the re-

moval of latent ambiguity. In this sense we may be permitted to add the key to the proposal, as we have done in para. 1(b) of our Draft Resolution.

Question 4: Do you agree that we should base our recommendations on the general principles suggested in paras. 4 and 14? If not, would you care to suggest alternative principles?

[The principles referred to are: para. 4, (a)–(d), para. 14, 'the impossibility of establishing an invariable rule beyond that of the duty of the court to be guided by justice and convenience'.] Our Confrères expressed general approval of the principles referred to in this question. Professor *Cansacchi* specifically qualified his acceptance of the general principles by an observation of their relativity of application to concrete cases with a view to reaching equitable judicial decisions. Professor *De Nova* limited his acceptance to the principle stated in para. 4, while Professor *Gannagé* accepted subject to reservations concerning the extension to *conflits mobiles* in private international law of corresponding rules of internal law, considered in question 5. Professor *Reese* suggested, as to principle (c), that the nature of a solution as positive or negative might depend on the point of view of the party concerned. Our meaning of positive was a solution which tended to uphold rather than annul a transaction, such as contract, marriage or legitimacy.

Judge *Sørensen* saw 'great merit in the principle that the effect of time in private international law should be the same as in the relevant and applicable internal law on the matter'. Professor *von Overbeck,* on the other hand, warned of the need to accept with circumspection the application to the conflict of laws of principles of internal transitory law. 'Thus', he writes, 'the application of a new rule of conflict of laws, even to previous facts, could be far less shocking than the application of a new substantive law'. Professor *von Overbeck* recognises the difficulty of propounding general solutions to the question. He comments specifically on principle (b) that solutions should in effect be inspired essentially by a concern to regulate in the most satisfactory way possible the private relations of individuals and not State interests. While we share our Confrère's concern for the individual, as our exposition manifests, it is for consideration whether it would be appropriate in our recommendations to indicate any preference in this matter for individual as against State interests.

Perhaps no member of the Commission has given deeper thought to the intertemporal problem in private international law than our distin-

guished Confrère, Professor *Rigaux,* to whose illuminating course of lectures on this topic at the Hague Academy of International Law[4] we regrettably omitted to refer in our Preliminary Exposition. We share his view that '*toute la difficulté du droit transitoire consiste à localiser dans le temps la situation de fait assujettie au droit*'[5]. His conclusions have naturally affected his replies to our questionnaire, and since they relate particularly to questions 3 and 4, we take the liberty of reproducing his answer to the two questions:

'*3. Je distinguerais trois séries de problèmes:*

a) *le conflit transitoire du droit international privé* (changement des règles de conflit de lois compétentes);

b) *le conflit transitoire de droit étranger* (changement intervenu à l'intérieur du système de droit interne déclaré applicable);

c) le *conflit mobile* (déplacement ou modification du facteur de rattachement).

Les solutions sont:

a) Extension au conflit transitoire de droit international privé des solutions applicables au conflit transitoire de droit interne de la *lex fori*

b) Application des règles de droit transitoire du système étranger compétent

c) Interprétation de la règle de conflit de lois qui implique que soit précisé le moment auquel le facteur de rattachement doit être pris en considération.

4. Voy. réponse au 3.'

There are differences in nature and scope between Professor Rigaux' principles and those proposed in question 4, but it is considered that there is no contradiction. We refer to the general question of scope in Part II of this Report.

Question 5: Do you consider that we should accept the principle that the effect of time in private international law should be the same as in the relevant and applicable internal law in the same matter? If not, what alternative principle would you prefer?

(Para. 4, P. E.)

This question has already been answered to some extent in replies to question 4. Three members of the Commission gave unqualified answers, two affirmative and one, Professor *De Nova,* negative, for whom the effect of time in private international law should be the same in principle as in the relevant rules of the forum in the same matter. The others regarded

[4] 117 Recueil des Cours de l'Académie, (1966) Vol. 1, 329.

[5] *Id.,* p. 337.

the point as too complex for an unqualified treatment. Professor *Kahn-Freund* accepts the principle as regards a change in the applicable law, but not as regards the *conflit mobile dans le temps,* because this, he says, is a matter for the *lex fori.* Professor *Gannagé* makes a distinction between a change in the conflicts rule of the forum, to which the proposed principle should apply, and a *conflit mobile* resulting from a change of the connecting factor. This creates a complex situation of a conflict in both space and time to which the primary principle cannot apply without qualification. Professor *Gannagé* mentions by way of example the difficulty of relating in the dimension of time both civil and religious laws or, more generally, systems of diverse civilizations. Here he appears to be touching on factors in the conflict of laws, that of ethical scope, evolutionary depth and legal compatibility, to which too little attention has hitherto been given. How can one put systems differing so greatly in various ways on the same plane of thought for the purpose of equitable evaluation? A compensating or balancing factor is required, as *Roscoe Pound* explained in the evaluation of interests. Accordingly Professor *Gannagé* suggests that every case should be considered both in the light of the degree of relationship *(parenté)* of the relevant systems and with a view to frustrate any fraudulent manoeuvres on the part of the parties. The former reason, we suggest, is of fundamental importance in considering our principles; we can only avoid it by assuming a non-existent equality for our purpose of all legal systems: perhaps we can best assure it by accepting an overriding principle of justice; while the latter may perhaps remain part of the general control of the operation of the system of private international law at large.

Professor *Rigaux* also distinguished the applicability of the suggested principle, limiting it to the *conflit transitoire,* while the *conflit mobile,* the change in the connecting factor, is a question of interpretation of the rule of conflict of laws, which implies defining the time as of which the connecting factor should be taken into consideration. Equally Professor *von Overbeck* finds the proposed principle a first indication, not a definitive solution, to the *conflit mobile.*

Judge *Sørensen* sees the genuine intertemporal problem as arising when a choice of law rule is changed, whether by international convention or otherwise. In the former case either the convention will deal with the time factor or one should consider the guide-lines laid down in the Wiesbaden Resolution. In the latter case, and particularly where the scope in time of the old and the new choice of law rules has been determined by

the domestic legal system, our Confrère sees great merit in the proposed principle. This, however, would not automatically apply to changes in the connecting factor, though, it is observed,

'the overriding theoretical concept of contemporaneousness is equally relevant in the two cases. Just as the new law should govern events taking place after it has come into force, the new connection should determine the law applicable to events taking place after the change.'

Question 6: Do you accept the principle of the application of law contemporaneous with the event as the basic rule?
(Para. 5, P. E.)

Judge *Sørensen* observes that in both groups of cases mentioned above the real difficulty may lie in determining the time at which any given fact or factual relationship should be considered to be situated, and refers to the guidelines embodied in para. 2 of the Wiesbaden Resolution I. These guidelines are an aid to interpretation of the principle of contemporaneous fact and law of para. I, and will provide a valuable help in our discussions. Provisionally we would suggest that all the rules of para. 2, with the possible exception of rule (h), might apply equally to the problem in private international law. Their usefulness to a court faced with a problem of interpretation is clear. The major question for consideration is whether it is appropriate to include them in our Resolution.

Professor *Cansacchi* finds the principles *tempus regit actum* and *locus regit actum* logical and satisfactory. Professors *De Nova* and *Gannagé* also accept the principle proposed, as does Professor *von Overbeck,* subject to reservations. This qualified acceptance is shared by Professor *Reese,* who instances a law which retrospectively validates an initially invalid marriage or will. Professor *Kahn-Freund,* having in mind a similar example, would confine the principle to *conflit mobile dans le temps,* but not as to a change (e. g. retrospective) in the applicable law, this being for the *lex causae* to determine. Professor *Gamillscheg* considers that the principle *tempus regit actum* best protects certainty and predictability of law. Professor *Rigaux* equally firmly rejects the principle not, we believe, on its merits, but on his opinion of its irrelevance to private international law. Our Confrère raises the same objection to the suggestions in questions 7 and 8. Of them all he writes,

'... nous n'avons pas, en droit international privé, à élaborer des règles substantielles de droit transitoire mais à désigner la loi compétente pour les déterminer.'

Here Professeur *Rigaux* upholds a traditional distinction of jurists of the civil law, though not to the same extent of common law systems. Our eminent Confrère, Professor *Batiffol,* dealt with this delicate question in his special report[6] 'L'avenir du droit international privé' at the Centenary Session in Rome. It will be recalled that he there expressed himself in favour of the inclusion of material rules in general private international law provided that they were established on specific points.[7] Our own view proceeds from the empiricism of the common law, and it is that we should deal with anything directly relevant to the contemporary problem of choice of time in our subject. Accordingly we recognize the present limited scope of traditional doctrine of the early years of this century, such as the important pioneering work of *Affolter*[8]. Much of this work, as Professor *Kahn-Freund* observed, was concerned with specific problems of the introduction of the German Civil Code. We recognize, perhaps heretically, the practical irrelevance of whether a temporal change arises from the act of a law-making authority or an individual. For example, in practical terms it makes no essential difference to the problem of choice of time whether the Code Napoléon in 1804 substituted nationality for domicile as the personal law of a French citizen or the citizen simply changed his permanent residence from Paris to London. In either case a similar problem of choice of time arises.

Question 7: Do you accept the possible need to distinguish (as to time) between the law governing the creation of an institution and that governing its substance?
(Para. 6, P. E.)

On this question the Commission was again divided. Apart from Professor *Rigaux* (whose views are noted above), Professor *Gamillscheg* found the distinction between the creation and the substance of a legal situation of little use, and believed that the various questions should be answered with the help of material guidelines. Professor *Gannagé*'s reservation to a distinction he finds otherwise helpful rests on the difficulty al-

[6] Livre du Centenaire, pp. 162–195.

[7] *Id.*, p. 185.

[8] Das intertemporale Recht, Vol. I (1902), Vol. II (1903); Das intertemporale und internationale Recht der zeitlichen und örtlichen Kollisionsnormen des bürgerlichen Rechts, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht 1903, 125–166.

ready mentioned in reply to question 5 of relating in time legal systems which, though relevant, are for various reasons incompatible. Professor *Cansacchi,* supporting the distinction, finds it logical that the effects of a continuing legal relationship should be regulated successively by different legal systems. Professor *Reese,* on the other hand, while recognizing the possible importance of the distinction, does not think that it could be conclusive, and instances the possible effect of the proper law of a contract, ascertained on the basis of events taking place after it has been made, upon the validity or obligations of the contract itself.

Professor *Kahn-Freund* would accept the distinction only with reservations. The examples he gives of the subsequent validation of a will and of a marriage suggest the interesting qualification that the reservation should be an application of the third of our general principles, the preference for a positive to a negative solution, *ut res magis valeat quam pereat.* Professors *De Nova* and *von Overbeck* are content to accept the principle without qualification. On balance, therefore, there is majority support for the distinction, though with a degree of reservation which does not vitally affect the principle itself.

Question 8: Is any distinction necessary for our purpose between giving legal effect to pre-legal facts and retrospective legal change of established legal consequences of previous facts? If so, on what principle should it be made?
(Para. 7, P. E.)

The Commission showed only limited support for this distinction. Professors *Kahn-Freund, Reese* and *Rigaux* found the distinction unnecessary, Professor *De Nova,* inclining to the same view, reserved his position. Professor *von Overbeck* noted the difficulty of prescribing general rules, but drew attention to the 'convalescence' through *conflit mobile* of acts that were initially invalid[9]. Professor *Cansacchi,* however, favoured the distinction, believing that in general one must take account of the validation by later law of facts previously regarded as without legal effect. This principle of retrospective validation is the commonest example of non-contemporaneity of law and fact.

Professor *Gannagé* regarded the point of the distinction as difficult to establish, since retroactivity occurred in both hypotheses. However, he

[9] Citing *K. Siehr,* Heilung durch Statutenwechsel, Gedächtnisschrift für A. A. Ehrenzweig, 1976, p. 131.

found a distinction between the first case, involving pre-legal facts, in which retroactivity was decided by the judge, and the second case, where it rested on a legislative provision. Our Confrère sees in the judicial approach a concern to extend the beneficent scope of the rule of applicable law in the interests of a positive decision, e. g. in upholding a foreign decree of divorce. But as Professor *Reese* has indicated, it is sometimes a matter of point of view whether a decision is positive or negative. This is particularly striking in the case of a valid decree of divorce that destroys a marriage. In the second case, the problem of foreign retrospective legislation is different. Such statutes are rejected, not because of their retroactivity, but because of their incompatibility with ordre public of the forum, or according to *Giardina*[10], because of the disappearance of their contact with legal situations which had become completely external to them and which would thus not be affected by their future evolution. In effect retroactivity may be a sympton of *ordre public*. In common law systems it may have only a casual link, depending on the circumstances of the particular case, for the common law concept of public policy is much narrower than that of '*ordre public*'.

Question 9: Should we consider the legal effect in cases of private international law of a judicial decision being overruled or reversed by a higher court?
(Para. 8, P. E.)

Here again there was a division of opinion in the Commission, with a balance perhaps against consideration of the question. Professor *Kahn-Freund* would treat the overruling of case law in a common law system as the equivalent of a change in legislation. Rather than treat the matter *ex professo* he thought we must make an agreed assumption. The problem was unlikely to raise difficulties in continental law, according to Professor *von Overbeck,* at least at the level to first instance decisions. For him a more interesting aspect, referred to under Question 14 below, was the change by court decisions of rules of conflict of laws themselves.

Professor *Cansacchi* thought the question should be considered in the case of the decision of a superior judge changing the decision of an inferior judge. A particular example arose when the judge had to resolve preliminary questions governed by foreign law chosen by his rules of conflict of laws.

[10] Revue Critique de Droit International Privé, 1972, pp. 401 ff.

Professor *Gannagé* drew a valuable contrast between the immediacy of legislative change and the often almost imperceptible and gradual change by case-law. Nevertheless conflict in time arising from judicial decisions could in some cases enjoy sufficient precision to present the same problems as in the case of retrospective legislation, and could then be treated in a similar way. Such examples are not infrequent in the common law. Professor *Rigaux* saw the problem as one for the law of the country of origin of the decision, while Professor *De Nova* gave a negative reply to the question. The problem is one largely created by the common law but equally affecting all courts in matters of private international law.

Question 10: Should we consider the legal effect in cases of private international law of the following aspects of legislation:

a) provisions intended to operate retrospectively;

b) of what date should the meaning of legislation be taken?

(Para. 9, P. E.)

Professor *Rigaux* sees both aspects of the question as concerned with *conflit mobile* and covered by his solution of interpretation of the rule of conflict of laws, defining the moment at which the connecting factor should be taken into consideration. Professor *De Nova* gives a negative answer to both parts of the question, while Professor *Reese,* though expressing uncertainty, suggests that the answer to both parts of this question should depend on the internal law of the state whose enactment is in question.

We shall now try to deal separately with the two points in this question.

(a) To some extent the question of retrospective legislation has already been considered in the answers to question 8, to which Professor *Kahn-Freund* refers. Professor *Gannagé* adds his agreement to the views in the Preliminary Exposition, that retroactivity does not in itself constitute an obstacle to the application of foreign law, but only if it leads to unacceptable consequences for the judge of the forum. But beyond this operation of public policy, foreign retrospective legislation could sometimes be excluded on the ground that the legal situation in issue had ceased to have any real contact with the foreign legal system in question. Professor *von Overbeck* observes that legislation should be understood as it is interpreted either at the time of the acts to which it relates or of the judgment, and we are thus referred to the corresponding situation in case-

law discussed in the preceding question. Professor *Cansacchi* found difficulty in giving a single general reply because of the need to allow retroactivity in exceptional cases, particularly when the consequence would be beneficent.

(b) Professor *Kahn-Freund* dealt specifically with this part of the question, suggesting the principle that a judge applying foreign law should treat it as the foreign judge would do if he were dealing with the case at the same time. We consider that our proposal will permit a court to adopt this principle without obliging it to do so.

Question 11: Should we consider the problem of uniform interpretation on questions of time in international conventions dealing with private international law?

(Para. 10, P. E.)

Although Professor *Cansacchi* considers it unnecessary to deal with the particular problem of uniformity of interpretation, most other Confrères take a different view. Professor *Reese* observed that no single rule was possible because of the various topics of conventions, for example one dealing with procedure should be applied retrospectively, in contrast to one dealing with substantive law. He suggests that we should recommend that conventions should contain explicit provisions directed to the problem of time. Professor *Rigaux* agrees that conflicts rules in treaties should be precise on the question. As Professor *von Overbeck* indicates, all recent Hague Conventions fix their application in time, yet the need remains to study this question, as appears from his citation of Swiss decisions[11].

Professor *De Nova* agrees that the matter cannot be left simply to the *lex fori*. He contrasts the position in which a convention specifies the applicable law (thereby providing a uniform solution to the time difficulty), with the situation of a variety or choice of applicable laws, as occurs in the Hague Convention on the Form of Testamentary Instruments. In the case of successive conventions establishing different connecting factors, each contracting state will have to fall back on its own resources (i. e. our starting point in discussions) unless the convention itself fixes the connecting factors in time. Again taking the Hague Convention on the Form of Testamentary Instruments as an example, Professor *Cansacchi*

[11] Obergericht Zürich, 1 March 1972 (Blätter für Zürcher Rechtsprechung 1973, p. 1107; ATF 1a II 83).

underlines the tendency often to resolve conflicts in time, *le conflit mobile,* by a preference for the law which provides a positive solution in upholding the will. This tendency reveals that the conflict is resolved by a comparison of the relevant substantive laws, and the solution does not depend on resolution of the *conflit mobile* as such but in principle the possibility of upholding the will. A similar approach is found in cases of legitimation of children. Professor *Cansacchi* observes that such a criterion, even though justified in particular cases, should be operated with care and is not to be extended without danger, for it could lead to a certain subjectivism which might compromise all stability in solutions. It is a danger of which Judge *Sørensen* is particularly conscious.

Finally, adds Professor *Kahn-Freund,* it would be desirable (to include this question). But, he asks, is it possible to add another course to our very rich menu? Perhaps the answer, as with a Chinese meal, lies in the size of each course.

Question 12: Do you accept the distinction between droit transitoire *and* conflits mobiles *as sufficiently important for our purpose as to require separate and different proposals?*
(Para. 12, P. E.)

All except one of our Confrères who have answered this question give a positive reply. There are various shades of opinion between Professor *Kahn-Freund,* who considers the distinction as fundamental for the whole exercise, and Professor *Reese,* whose initial reaction is that we need not deal with it. Professor *Reese's* view is one that many common lawyers would share. We may add that although the problem of time is dealt with empirically as it arises in common law systems, there is no body of opinion on the matter that could be designated as a theory. The terms '*intertemporel*', '*conflit mobile*' and '*droit transitoire*' are very little known and have no equivalent terms in English. The situations with which they deal would not be regarded as necessarily comprehensive, but their rationalisation under the French terms would be recognized as valuable within their scope of application. Professor *von Overbeck* would treat separately these three situations:

'(a) *le conflit transitoire de droit international privé (modification de la règle de conflit);* (b) *le conflit transitoire de droit étranger (modification de la loi matérielle applicable);* (c) *le conflit mobile (concrétisation différente d'une circonstance de rattachement).*' While agreeing that the prob-

lem of *conflits mobiles* should be examined separately, Professor *De Nova* observes that it may well be found to be solved along the same lines as the question of a change in the conflict rules. The analysis by Professor *Gannagé,* while accepting a certain relationship between the rules of *droit transitoire* and of *conflit mobile,* nevertheless finds special features of the latter which justify particular treatment: first, because of the difficulty of articulating legal systems proceeding from different premises and concepts: secondly, because the will of the parties which exercises an influence on modifying the connecting factor may play an important role in its detachment. Systematisation of rules thus becomes difficult, but in order to resolve the difficulty a cautious comparison with the rules of *droit transitoire interne* may be made in order to see whether the solution thus provided could be applied in regulating the *conflit mobile.*

Question 13: Are there any particular instances of the time problem that you regard as requiring special treatment? If so, what are they and how should they be treated?
(Para. 13, P. E.)

Professor *von Overbeck* makes interesting and helpful comments on the examples given in para. 13 of the Preliminary Exposition, but does not add to their number. Professor *Kahn-Freund* sees as one of the relevant problems the choice of time in jurisdiction of both the forum and the foreign court, the latter presenting itself in the form of recognition of a foreign judgment. In his view the answer must always be given by the *lex fori* in the first case and generally so in the second.

Professor *Reese* gives an additional example of considerable importance, especially in the U.S.A., that of the relevance of subsequent facts in determining the law governing rights and liabilities in tort. He asks whether the fact that one or both parties have moved to another state after the commission of a tort should be taken into account in determining the law to govern an issue in tort. He points out that American courts have reached contradictory conclusions on this matter[12]. Our Confrère questions whether it will prove possible to state hard and fast rules with respect at the least to the relevance of post-occurrence events in the selection of the applicable law, and suspects that no more can be done than to set forth one or more general principles, such as *tempus regit actum,*

[12] *Reich v. Purcell* 67 Cal. 2d 551, 432 P. 2d 727 (1967); cf. *Miller v. Miller* 237 N. E. 2d 877 (1968) (N.Y.).

which will, however, be subject to exceptions. Then, he suggests, perhaps we can list at least some of the considerations that a court should bear in mind in determining whether the particular case calls for an exception to the general principle. He would think that most, if not all, of their considerations are set forth in para. 4 of the Preliminary Exposition. We propose a simple provision (para. 2[d]) to deal with both pre- and post-occurrence events, which concurs at least with one of the conflicting United States decisions.

Question 14: Are there any other matters that have not been mentioned which in your view should be included in our survey? If so, please state them.

Obviously this question overlaps to some extent with the preceding one. Three further suggestions have been made in response to question 14. Professor *De Nova* in the course of his reply to question 11 wrote that a reference to the applicable law was the correct solution in the matter of time when the question to be decided was what rules of the governing law applied once a change of substantive rules had intervened within that law. Arising from that opinion our Confrère suggests that the question of a change in the substantive rules of the applicable law should be mentioned.

Professor *von Overbeck* suggests that the problem of acquired rights in the sense of *Niederer*'s discussion should perhaps be studied. The problem is related to *le conflit mobile;* the operation of a new connecting factor may affect acquired rights and a new theory is required to fill the void created by the disappearance of the old theory of acquired rights. He mentions various contributions[13] to the solution of the problem, including the Swiss draft of codification of private international law, which protects acquired rights by means of very liberal provisions, not only in the recognition of foreign judgments but equally in the recognition of foreign legal transactions such as marriage and legitimation. While very conscious of the need to protect acquired rights, however, we recall that that problem is not only, or indeed chiefly, one of private international law. Deprivation of individual rights is sometimes the object of internal legal changes.

[13] *Niederer,* Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1961, p. 319; *Francescakis,* Répertoire de droit international, vol. I (1968), p. 496, No. 367 et s.; *Neuhaus,* Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2nd ed. (1976) p. 170.

It is part of the changing world in which our acquired rights are as vulnerable as we ourselves. Is there not built into any right we acquire this condition of possible defeasance by *force majeure?*

Relevant to the question of the protection of acquired rights in moveable property is the contemporary degree of adequacy of the ancient principle of *mobilia sequuntur personam.* The mobility of things has increased qualitatively and multiplied quantitatively to a high degree since the basic principles of the conflict of laws were fashioned for a mediaeval world. We should now regard mobility as defining the extent in time of subjection to a particular legal system, and hope that this practical constraint of the possible may be reflected in legal consciousness of the temporal limits of control of things as well as of persons. It is a criterion we have sought to embody in our proposals of a draft recommendation.

Professor *Gamillscheg* draws attention to the time factor in the recognition of foreign judgments, which may operate in two respects:

(a) the conditions of recognition may have changed (§328 of the German Code of Civil Procedure enumerates five), and the time factor has to be examined separately in respect of each of them;

(b) the law of recognition may have changed. In this case again the general rule may be *tempus regit actum,* provided that the foreign judgment was capable of being recognised at the date of the proceedings. If it were not then capable of recognition (e. g. for lack of mutuality), it seems unnecessary to bar recognition once mutuality is either satisfied or ceases to be necessary. Yet it is recognised that the other party may have relied on the ineffectiveness of the judgment. A general answer seems very difficult.

All three suggestions call for consideration. Those of Professors *Reese* and *Gamillscheg* are specific and could lead to unqualified recommendations. We hope to have met Professor Gamillscheg's point in para. 2(e) of the Draft Resolution. That of Professor *von Overbeck* is of more general theoretical interest, and is accordingly more difficult to enshrine in a definite recommendation. We try to achieve a measure of effectiveness in para. 1(c) of our Draft Resolution.

Question 15: Are there any matters mentioned in this preliminary exposition that should be omitted from further consideration? If so, please state them.

Judge *Sørensen* has expressed certain doubts as to the problems examined in paras. 5 to 9 of the Preliminary Exposition (covered by ques-

tions 6 to 10, above). He observes that the typical situation is a change of the foreign law which is applicable according to the private international law of the forum. The intertemporal problem arises in the relation between the earlier and the later substantive foreign rule, and the solution is to be found in the intertemporal rules of that foreign law. Basically, the intertemporal problem is therefore not one of private international law. He adds, however, (as we mentioned in discussing question 5) that the genuine intertemporal problem in private international law arises when a choice-of-law rule is changed. We refer later to general questions raised by our Confrère relating to assumptions on which his observations were made.

Professor *Kahn-Freund* lists the questions to which, as we noted above, he gives either a negative or qualified reply, as 2(c), 8, 9 and perhaps 11. We also take account of the non-affirmative replies to all questions from other Confrères, mentioned above in connection with specific questions. Finally to Professor *von Overbeck* it seems that there are no matters mentioned in the Preliminary Exposition that should be left out of consideration except perhaps the instance we gave of contracts made between parties at a distance, referred to in para. 13(b) (iii) of the exposition.

Part II

General Considerations

In this part we propose to consider certain general matters, such as our terms of reference and the special nature of our problem which distinguishes it from that in public international law; the premises for our recommendations and the specific matters that should fall within them. As we observed in the Preliminary Exposition, detailed argument is considered unnecessary for those matters of common concern to public and private international law which were well discussed in the various stages of the Resolution on the Intertemporal Problem in Public International Law. We confine our discussion accordingly to matters of special concern to the 24th Commission.

1. Our terms of reference

We drew attention in our Preliminary Exposition to our terms of reference, *'le problème intertemporel en droit privé'*, and suggested that we

should regard the title as referring particularly to private international law, while not excluding relevant references to private law. Most of our Confrères accepted this suggestion. Our explanation of the common law view of the time element in para. 2 of the Preliminary Exposition also led most of our Confrères to recognise the need to qualify traditional thinking in order, for example, to consider equally relevant problems of jurisdiction.

Judge *Sørensen* suggested that we could take for granted that the terms of reference should be to '*droit international privé*', not simply to '*droit privé*'. But he questioned whether the English version, 'The Problem of Time . . .' did not on another point go beyond the Institute's intentions. We hope that we may be allowed to state the matter in our Confrère's own words:

> 'As you rightly recall, the work of the 24th Commission grew out of the work of the 11th Commission leading up to the resolution adopted at Wiesbaden. That resolution, as I understand it, is based upon the assumption that in all branches of the law there is a general problem arising whenever the law is changed. Reduced to its simplest expression that problem is whether the old rule or the new rule shall apply to a certain fact or set of facts. Considered from the opposite angle this is identical with the problem to what facts a rule shall apply in point of time.
>
> The 11th Commission had attempted to deal with this problem – described as intertemporal – 'dans l'ordre international'. Thanks to your very helpful intervention it was recognised at Wiesbaden that the solutions proposed by the Commission were conceived in the general context of public international law and might not provide for adequate answers to the questions arising within the field of private international law. Consequently, the resolution as finally adopted was limited to deal with 'the scope in time of the application of any norm of public international law' (par. 1). The work in which the 24th Commission is now engaged may therefore be considered as complementary to that of the 11th Commission.
>
> I may be forgiven, I hope, for recalling that the terms of the Wiesbaden resolution defined the general intertemporal problem as relating to 'the delimitation of the scope in time of the application of norms' (first paragraph of the preamble). Starting from the premise that private international law is the body of rules governing the choice of law in situations where a given set of facts has points of connection to more than one legal system, I see the specific intertemporal problem in private international law as arising whenever there is a change of a rule concerning the choice of law. Our problem is to find an adequate answer to the question whether the old or the new conflict rule should apply in any such situation, or in other terms what is the scope in time of the old and the new rule, respectively.'

Having reviewed the replies of our Confrères to the questionnaire we may perhaps be permitted to add our observations to the helpful precision of Judge *Sørensen*'s remarks.

(a) The first paragraph of the preamble to the Wiesbaden Resolution I, entitled 'The Intertemporal Problem in Public International Law', states:

> 'Whereas the general intertemporal problem both in the international legal order and in national law relates to the delimitation of the temporal sphere of application of norms.'

If this paragraph is limited in its scope by the title of the Resolution, it would not strictly affect our own terms of reference. If it is not so limited and applies also to private international law, it would, we suggest, include norms of jurisdiction, since they are legal norms dealing with matters of jurisdiction; and in the sense that it refers to the *general* intertemporal problem, presumably it would not exclude special cases of an international character involving a principle of choice between conflicting times.

(b) Our suggestions in the Wiesbaden discussions for separate treatment of time were prompted both by the general need for special consideration of these matters in private international law at large, and the largely unorganised situation in the common law to which we have referred. In particular continental theories on the matter are unfamiliar in the common law and in any case do not fully comprehend major problems in that system, such as those in the area of jurisdiction and foreign judgments, areas traditionally emphasized in the common law. The French translation into *'le problème intertemporel'* is understood to be the nearest linguistic equivalent to the sense in which the suggestion was expressed at Wiesbaden and accepted, but the word 'intertemporal' does not yet appear in the Shorter Oxford English Dictionary. To avoid this difficulty we suggest the adoption of the more meaningful expression, choice of time, which it is thought effectively encapsulates the problems presented to our Commission.

(c) As will have appeared from question 2(c), our concept of the scope of private international law is somewhat wider than the premise stated by our eminent Confrère, which is limited to the question of choice of law. Our own concept would include all questions of private international law or the conflict of laws which raise the problem of choice of time.

In his analysis of the four main problems with which the 24th Commission has to deal Professor *Kahn-Freund* included the two aspects of a change in the jurisdictional facts: those affecting the jurisdiction of the forum and those relevant to the jurisdiction of a foreign court whose judg-

ment is presented for recognition or enforcement. The other main problems in his view arose (1) in the event of a change of the private international law norm of the forum; (2) in the event of a change of the facts which constitute the connecting factor; and (3) in the event of a change in the law to be applied according to the conflicts norm of the *lex fori*.

The problem we have to solve differs basically from that in public international law

(1) because while the latter is a unitary system, private international law is multiform. Both aspects of this basic distinction have exceptions in history and practice, of which the unification of private international law by multilateral convention offers a familiar example. But the distinction has an important consequence. The experience of the Hague Conference of Private International Law is that a knowledge of national differences is a necessary basis for international assimilation. And while we cannot undertake a detailed comparative study, the contributions of our Confrères from their various systems of private international law give a general perspective, and a warning against too readily universalising the doctrines of one's native system. Having recognised this diversity, our aim, nevertheless, should be to establish a framework of principles within which fair, rational and uniform decisions can be reached wherever in the world a relevant issue arises; or, in the words of Judge *Sørensen,*

> '... to look for a theoretical framework which may assist the judge in reaching rational decisions which can fit into a general and uniform pattern.'

(2) The second major difference relevant to our task is that private international law and the conflict of laws are concerned with legal systems, not with national states, so that we have to take account of relevant matters within non-unified systems such as federal states or the United Kingdom.

2. The premises for our recommendations

(a) In the light of the origins of the topic entrusted to the 24th Commission it is proposed that our recommendations should, so far as the inherent differences between public and private international law permit, be the counterpart of Resolution I of the Wiesbaden session. In particular we provisionally accept as guide-lines the propositions in paragraphs 1, 2 and 6 of that Resolution.

'1. Unless otherwise indicated, the temporal sphere of application of any norm of public international law shall be determined in accordance with the general principle of law by which any fact, action or situation must be assessed in the light of the rules of law that are contemporaneous with it.

2. In application of this principle:

(a) any rule which relates to a single fact shall apply to facts that occur while the rule is in force;

(b) any rule which relates to the repetition or succession of identical facts shall apply even though only one or some of such facts should occur after the entry into force of the rule;

(c) any rule which relates to an actual situation shall apply to situations existing while the rule is in force, even if these situations have been created previously;

(d) any rule which relates to a certain period, or to the existence of a situation during a defined period, shall apply only to periods the initial and terminal dates of which lie within the time when the rule is in force;

(e) any rule which relates to the end of a period shall apply to any case where the period has come to an end at time when the rule is in force;

(f) any rule which relates to the licit or illicit nature of a legal act, or to the conditions of its validity, shall apply to acts performed while the rule is in force;

(g) any rule which relates to the continuous effects of a legal act shall apply to effects produced while the rule is in force, even if the act has been performed prior to the entry into force of the rule;

[(h) any rule which relates to the substance of a legal status shall apply even if the status has been created or acquired prior to the entry into force of the rule.]

6. In order to eliminate any cause of uncertainty or dispute, it is desirable that every international instrument should include express provisions indicating the solution which ought to be given to such intertemporal problems as might arise in the course of its application.'

(b) At this stage in our deliberations we should take wider rather than narrower concepts, so as to achieve an inclusive presentation of the views of the Commission. The dominant and unifying factor, we suggest, is the generic problem of which of two or more alternative times should determine the law applicable to a situation. The subsidiary factor is that this situation can arise in private international law, in conflict of laws (including conflict in non-unified legal systems such as the U.S.A. or the United Kingdom), or in internal law. In the last case there occurs a conflict between two rules of internal law of different dates applicable to the same matter. The latter problem is the same whether the relevant legal system is that of the forum or a foreign country, since either may qualify as the applicable law in a conflicts situation. In both cases we are only concerned to the extent that the internal change affects solutions in the conflict of laws. To go beyond that point would exceed our terms of reference, yet to stop short of it would ignore a relevant factor.

(c) We propose to proceed on the basis agreed by the majority of our Confrères, namely, the general principles set forth in paragraphs 4 and 14 of the Preliminary Exposition. With respect to the principles of justice and convenience mentioned in our paragraph 14, a slight difference of view between our members should be noted. Judge *Sørensen* is concerned to go beyond such formulas as justice and convenience, which he believes would amount to leaving each case to the judge's discretion in the light of its particular circumstances. Professor *Cansacchi,* on the other hand, while not rejecting a framework of principles, observes the difficulty in private international law of contemplating general and dogmatic solutions. He remarks on the preference for equitable solutions and asserts that one can only seek to maintain as far as possible the validity of acts and acquired rights, and to give preference to the interests of the weakest or least favoured parties. We shall try to propose a set of rules sufficiently definite to help a judge with a problem of the choice of time yet sufficiently flexible to allow him a necessary discretion in reaching a just decision.

In our approach we may consider the usefulness of certain secondary principles to those already suggested:

(i) the general principle of *tempus regit actum,* to which the following exceptions are proposed:

(a) the recognition of facts occurring before or after the legally decisive event to be governed by the *lex causae;*

(b) the determination of the effect of retrospective legal provisions, legislative, judicial or executive, by reference to the legal system from which they originate, provided the result is to validate otherwise invalid acts, not the reverse;

(ii) respect for the forum's interpretation of its own internal and private international law;

(iii) the mobile nature of persons and things;

(iv) the general assumption of superiority of new over old law within the same legal system;

(v) the special problem of the intertemporal relationship between legal systems of different structure and development, to which our Confrère, Professor *Gannagé,* refers;

(vi) the need to reach just and equitable decisions so far as possible within a framework of clear and positive rules;

(vii) the subjection of our recommendations to the constraints of general private international law, notably public policy.

3. Specific matters for inclusion in our draft recommendations

Our discussions have revealed two distinct but related types of problem. The first are cases presenting the direct choice of law or jurisdiction on the basis of effective time. We consider that the following problems arising from changes in time in applicable law or jurisdiction fall within this first category:

1. change in the rules of conflict of laws applicable to the case;
2. change in the factual basis of the connecting factor;
3. change in the internal applicable law, whether of the forum or a foreign system;
4. change in the grounds of recognition and enforcement of foreign judgments.

These changes are relevant whether they result from action of the organs of state, e. g. retrospective legislation, or from that of individuals, e. g. by changing the connecting factor governing their status, by changing their residence as a factor in determining their liability in tort, or the continuance of jurisdiction *in personam,* or by changing the *situs* of moveable property.

Into the second category come several time-related questions considered in our exchange of views. The determination of the effective time of an event taking place partly in one time zone and partly in another is a related question in that it involves a choice of alternative definitions of time, but different from the preceding questions in that only a single actual time is involved. It is nevertheless analogous to the generic problem, though not a true instance of it. It is suggested that the proper function of such a provision is that of interpretation. In the particular case the matter requiring interpretation is para. 1(a) of our Draft Resolution. We have accordingly used this device in para. 1(b) to remove possible ambiguity in our main provision.

Into this secondary category should come also the general wish of the Commission that international conventions should provide specifically for any time factor relevant to their subject-matter, while the uniform interpretation of their provisions should be ensured by the adherence of courts to such general recommendations as the Institute may make on the basis of our proposals. It is for consideration whether Wiesbaden Resolution I, paragraph 6 as amended, satisfies this requirement. It will be observed that we have omitted the word 'international' from our version in para. 3(a) of para. 6 of the Wiesbaden Resolution I. As will be realised,

this omission is necessary to enable our provision to apply to instruments which are not international in the sense of Resolution I on public international law, but which deal with questions of choice of time in a setting of constitutional law, such as federal documents.

The Draft Resolution that follows is an attempt to reconcile the various conflicting factors that are inherent in the problem with which we are dealing. As so often happens in the law, one has to find a solution to a dilemma and neither alternative can be entirely satisfactory. For example, several of our Confrères have drawn attention to the problem of acquired rights, as we mentioned, and we have tried to take account of this factor. Nevertheless, rights are acquired in a world of change and they must be fitted into such a world. We have therefore thought it convenient and appropriate to subject the question of acquired rights and established status to the general principle of *tempus regit actum* and the overriding consideration of a just and equitable solution. It will appear that the Draft Resolution deals with various matters that fall outside existing doctrine. They have been included because they are considered important and are regarded as of general relevance and interest. We have approached the task from the point of view of the problem to be solved. Finally, by way of explanation we would like to add that every effort has been made to include in the Draft Resolution the views and opinions and suggestions of all members of the 24th Commission.

London, July 7th 1977

Part III

Draft Resolution

The Problem of Choice of Time in Private International Law

The Institute of International Law

Whereas the Institute at its Wiesbaden Session adopted a Resolution on The Intertemporal Problem in Public International Law;

Whereas certain problems of choice of time in private international law and the conflict of laws differ from those in public international law;

Whereas it is considered desirable also to resolve these problems in private international law and the conflict of laws;

Adopts this Resolution:

1. (a) Unless otherwise indicated in this Resolution, the temporal sphere of application of any norm of law or jurisdiction relating to a situation in private international law or the conflict of laws shall be determined in accordance with the general principle of law by which any fact, action or situation must be assessed in the light of the rules of law that are contemporaneous with it in the place where it occurs, hereafter referred to as the principle of *tempus regit actum.*

(b) In the determination of contemporaneity, where there exist for legal purposes alternative places of the occurrence of a single event, with possible consequential alternative definitions of the time of the occurrence, the event shall be deemed to have occurred at the time agreed, where relevant, by the parties, and in the absence of such agreement at the latest of the alternative times.

(c) In the application of this paragraph to continuous legal situations of personal status, property or obligation, it shall be recognised that personal status established and rights acquired before the happening of a relevant change of law shall be protected so far as may be possible consistently with the principle of *tempus regit actum.*

2. To the extent that they constitute exceptions to para. 1 of this Resolution the following provisions shall apply:

(a) The temporal effect of change in the applicable law shall be determined by the *lex causae.*

(b) The temporal effect of change in the private international or conflicts law of the forum shall be determined by the *lex fori.*

(c) The temporal effect of change in the connecting factor shall be determined

(i) in the case of changes in the basis of jurisdiction during the course of proceedings, by adherence to the situation existing at the institution of such proceedings;

(ii) in all other cases by giving effect to the legal system with the closest objective connection with the situation.

(d) The legal relevance of facts occurring before or after the legally decisive occurrence shall be determined by the *lex causae.*

(e) The effect of retrospective legal provisions, whether legislative, executive or judicial, shall be determined by reference to the legal system in which they originate, provided that

(i) that law shall be applied which retrospectively validates previously invalid acts;

(ii) that law shall not be applied which retrospectively invalidates previously valid acts.

This sub-paragraph shall apply whether the change in the connecting factor results from the action of a law-making authority or that of an individual.

3. (a) In order to eliminate any cause of uncertainty or dispute, it is desirable that every instrument relating to matters of private international law, the conflict of laws or jurisdiction should include express provisions indicating the solution which ought to be given to such problems of choice of time as might arise in the course of its application.

(b) In the absence of such provisions the principle in para. 1 of this Resolution shall apply, except that any instrument dealing with procedural rules may be interpreted as having retrospective effect.

4. In application of this Resolution:

(a) any rule which relates to a single fact shall apply to facts that occur while the rule is in force;

(b) any rule which relates to the repetition or succession of identical facts shall apply even though only one or some of such facts should occur after the entry into force of the rule;

(c) any rule which relates to an actual situation shall apply to situations existing while the rule is in force, even if these situations have been created previously;

(d) any rule which relates to a certain period or to the existence of a situation during a defined period, shall apply only to periods the initial and terminal dates of which lie within the time when the rule is in force;

(e) any rule which relates to the end of a period shall apply to any case where the period has come to an end at a time when the rule is in force;

(f) any rule which relates to the licit or illicit nature of a legal act, or to the conditions of its validity, shall apply to acts performed while the rule is in force;

(g) any rule which relates to the continuous effects of a legal act shall apply to effects produced while the rule is in force, even if the act has been performed prior to the entry into force of the rule;

[(h) any rule which relates to the substance of a legal status shall apply even if the status has been created or acquired prior to the entry into force of the rule.]

5. In the application of this Resolution the overriding consideration shall be the achievement of a just and equitable solution.

Annex I

Observations of the members of the 24th Commission in reply to the Preliminary Exposition and Questionnaire of Professor Ronald Graveson of June 30th 1976

1. Observations of Professor Giorgio Cansacchi

Turin, le 10 octobre 1976

Mon cher Confrère,

J'ai beaucoup apprécié votre exposé sur le droit intertemporel en droit international privé et je vous félicite – et me félicite – de la clarté de votre analyse d'un problème juridique très compliqué.

Je connais trop peu la jurisprudence de *Common Law* pour prétendre à un examen des problèmes de droit intertemporel dans un tel domaine; je me bornerai, par conséquent, à formuler quelques observations fondées sur le droit continental européen et spécialement sur le droit et la jurisprudence italiens.

On distingue, dans la doctrine italienne, trois cas de droit intertemporel à l'égard des systèmes de droit international privé:

1) la modification dans le temps de l'élément de fait qui constitue le critère de rattachement de la règle de droit international privé;

2) la modification dans le temps de la règle de droit international privé;

3) la modification dans le temps de la règle matérielle de la loi étrangère choisie par le système de droit international privé de l'Etat du for.

Le premier cas est celui que la doctrine française a dénommé «*conflits mobiles*» et il se produit dans tous les systèmes de droit international privé lorsque n'est pas indiqué, dans la règle de conflit, le moment dans lequel on doit relever l'élément de fait choisi comme critère de rattachement. Par exemple, dans le droit italien, l'article 20, para. 1er, des dispositions de droit international privé déclare que les rapports entre les parents et les enfants – doivent être réglés par la loi nationale du père, mais il ne spécifie pas le moment auquel la nationalité du père doit être recherchée, tandis que cette nationalité peut changer selon le temps.

Dans ce cas, la doctrine et la jurisprudence italiennes affirment qu'on doit rechercher la nationalité (et en conséquence la loi nationale) que le père possédait au moment de la contestation sur un rapport patrimonial ou personnel déterminé entre le père et le fils.

En général, on dit que, en présence d'un critère de rattachement mobile, on doit viser l'élément de rattachement au moment où l'acte a été émis ou le fait accompli ou les droits et les devoirs, qui dérivent d'un certain rapport, ont été contestés entre les parties.

Le deuxième cas de droit intertemporel est celui de la substitution d'une nouvelle règle de conflit a celle qui était auparavant en vigueur. Par exemple, les rapports familiaux qui, antérieurement, étaient réglés par la loi étrangère du domicile des parties viennent d'être réglés par leur loi nationale; un contrat de travail qui, antérieurement, était réglé par la loi du lieu du contrat, doit, par la suite, être réglé par la loi du lieu où le travail est exécuté.

En général les questions de droit intertemporel qui surgissent dans ce domaine sont réglées spécifiquement par le législateur et le juge n'a d'autre tâche que d'appliquer ces solutions aux situations concrètes. Lorsque des règles de droit intertemporel n'ont pas été édictées, la doctrine est en général favorable à étendre à la succession dans le temps des règles de conflit les mêmes solutions que celles qui sont proposées à l'égard des règles matérielles de l'Etat du for.

Sur cette base, on affirme que la loi étrangère choisie postérieurement doit régir les situations et les rapports contestés après l'entrée en vigueur de la nouvelle règle de conflit, mais on ajoute que la nouvelle loi ne peut pas méconnaître les droits acquis selon la loi antérieurement choisie. On a constaté plusieurs fois que la jurisprudence parvient à des solutions différentes, selon les cas que la pratique judiciaire présente, en vue de rendre des décisions équitables même si elles ne correspondent pas à des principes dogmatiques.

Par exemple, si dans un contrat de travail la loi étrangère antérieure indiquée par le lieu du contrat est moins favorable pour le travailleur que celle postérieure indiquée par le lieu de travail, le juge sera facilement conduit à appliquer les règles de cette dernière loi, quoique le contrat de travail aurait dû être uniquement réglé dans sa substance et dans ses effets par la loi étrangère antérieure, qui était désignée au moment de sa conclusion. Ainsi, si la loi étrangère postérieure admet des causes d'annulation de mariage qui n'étaient pas admises par la loi étrangère antérieure, le juge pourrait être conduit a refuser, du moins en partie, l'application de la loi postérieure en vue de favoriser l'époux défendeur, qui cherche à empêcher la dissolution de son mariage.

Le troisième cas de droit intertemporel se présente lorsque dans l'ordre juridique étranger, choisi par la règle de conflit, c'est la norme matérielle, régissant le rapport contesté, qui change. Par exemple, la règle de conflit de l'Etat du for renvoie à la loi nationale des époux le règlement du divorce, mais, dans cette loi, les normes matérielles qui concernent le divorce viennent d'être changées dans le temps. Dans ce cas, la doctrine et la jurisprudence italiennes sont favorables à reconnaître la même solution du problème intertemporel que celle qui est adoptée dans l'ordre juridique étranger. On affirme que c'est la loi étrangère choisie et la jurisprudence qui s'est établie sur l'interprétation de cette loi qui doivent indiquer la solution à donner, c'est-à-dire signaler si on doit appliquer au rapport contesté la règle antérieurement en vigueur ou celle qui l'a remplacée.

Même dans ces cas, la jurisprudence de l'Etat du for est souvent amenée à formuler des décisions équitables plutôt que strictement dogmatiques. Par exemple, si

les règles postérieures de la loi étrangère choisie ne consentent pas au divorce ou y consentent dans un nombre mineur de situations, le juge de l'Etat du for, peut-être en se référant aux principes de son ordre public, sera facilement amené à donner sa préférence à la loi antérieure plus favorable aux époux qui souhaitent divorcer, plutôt qu'à la loi postérieure plus restrictive.

En conclusion, il me semble que dans le domaine du droit intertemporel, on ne peut pas envisager des solutions générales et dogmatiques; ce sont les solutions équitables, différentes selon les situations que présente la pratique judiciaire, qui sont les plus appréciées. On peut seulement constater qu'on cherche à maintenir, autant que possible, la validité des actes et les droits acquis et à donner la préférence à la tutelle des intérêts des sujets plus faibles ou moins favorisés.

Il me semble que les systèmes de *Common Law* suivent cette tendance et, pour ma part, je me rallie à ce point de vue.

Après cet aperçu, je réponds comme suit à votre questionnaire:

1. Oui.

2. Je proposerais que le problème intertemporel soit limité au droit international privé (lettre b), car l'étude des problèmes juridictionnels connexes à la succession de temps, quoique très importante, étendrait excessivement le champ de notre travail.

3. Non. Je crois qu'il n'est pas nécessaire de discuter particulièrement les modalités de la détermination du temps et le choix du calendrier.

4. Oui. Je suis disposé à accepter comme principes généraux et directeurs ceux que vous avez indiqués dans votre exposé préliminaire du para. 4 au para. 14, avec l'avertissement de leur relativité d'application aux cas concrets en vue de parvenir à des solutions judiciaires équitables.

5. Oui. Je suis d'avis qu'en principe les effets du temps dans le domaine du droit international privé sont les mêmes que ceux qui se présentent dans l'ordre juridique de l'Etat du for lorsque la matière à régler est la même.

6. Oui. J'accepte le principe selon lequel la loi doit être appliquée simultanément à l'événement auquel elle s'adresse. Les principes *tempus regit actum* et *locus regit actum* me semblent logiques. Sur cette base un acte juridique doit être réglé, en ce qui concerne sa validité, sa forme, sa substance et ses effets, par les lois qui sont indiquées par la règle de conflit au moment où l'acte est accompli.

7. Oui. Je pense qu'il est convenable de différencier la loi qui règle la création d'une certaine relation juridique et la loi qui en régit la substance et ses effets, car il me semble tout à fait logique que les effets d'un rapport juridique, lorsque celui-ci se prolonge dans le temps, puissent être successivement réglés par des lois différentes.

8. Oui. Je crois qu'en général, il faut tenir compte des faits qu'une loi postérieure considère comme valables aux effets du droit, même si la loi antérieure, au contraire, les négligeait.

9. Oui. Je crois qu'il faut tenir compte des décisions judiciaires émises par un juge supérieur qui réforme des décisions d'un juge inférieur. Ce problème se pose plus fréquemment lorsque le juge de l'Etat du for doit résoudre des questions préjudicielles réglées par des lois étrangères choisies par les règles de conflit.

10. Il me paraît difficile de pouvoir donner une réponse générale et unique. En certains cas – je pense exceptionnels – la loi postérieure doit avoir un effet rétroactif; cela peut se présenter particulièrement lorsque cette loi est plus favorable au maintien d'un acte ou de certains droits et devoirs familiaux ou bien lorsqu'elle prescrit une charge mineure au sujet tenu à l'obligation.

11. Non. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de nous occuper du problème particulier de l'uniformité de l'interprétation.

12. Oui. Je pense que les *conflits mobiles* entrent dans le domaine, assez vaste, du droit intertemporel, mais je suis d'avis que le problème des conflits mobiles doit être juridiquement différencié de celui du droit intertemporel des règles de conflit.

13. Non. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de nous proposer d'autres problèmes. Le problème du droit intertemporel dans le domaine des règles de conflit est déjà très vaste et suffisant pour une recherche approfondie.

14. Non. Je n'envisage pas d'autres questions en dehors de celles que vous avez examinées.

15. Non. Je pense qu'il vaut mieux se limiter aux arguments de votre rapport.

En espérant vous avoir donné un encouragement, et peut-être un certain appui, je me permets de vous envoyer, mon cher Confrère, l'expression de ma haute considération et mes salutations les plus amicales.

Giorgio Cansacchi

2. *Observations of Professor Rodolfo De Nova*

Pavia, January 25, 1977

1. The problem of time in private, that is *substantive,* law should not be considered by the 24th Commission (but see my remarks under 14).

2. We should indeed consider only the problem of time as limited to *private international law,* namely, to questions of applicable law and, maybe, to some relevant questions of jurisdiction. I refer to para. 1 – at the end – of your exposition.

Questions of general import, unless they affect private international law *in a special way,* should be left out. Hence, questions such as 'the effect on the law of the overruling or reversal on appeal of a judicial decision' (para. 8), 'the effect to be given to legislative provisions which are intended to operate retrospectively' (para. 9), 'the effect of the repeal of a repealing statute' and 'the range of application of a repealed statute' (para. 11) are not for us to consider.

3. No.

4. Yes, in reference to para. 4.

5. The effect of time in private international law should be the same, in principle, as in the relevant rules *of the forum* in the same matter.

6, 7. Yes.

8, 9, 10. No. I do not think so, but I may have to reconsider.

11. Yes. I agree with you that to leave to the *lex fori* the decision of the questions of time in international conventions dealing with the unification of private international law, would provide no uniform answer (but by coincidence, unless the exclusive jurisdiction of one State were assured). However, should one resort to the

applicable law, which I take to be the law governing the case under the Convention, a uniform solution of the time difficulty would result (whereas you seem to lump together the *lex fori* and the applicable law in the present context) if the Convention chooses *one* law for the given situation. If, on the contrary, different laws are considered by the Convention – as it appears to be the case under the Hague Convention on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions of 1961, which you mention in this occasion –, then, of course, also different solutions of the time question are possible, depending on whether one or another law is finally chosen among those applicable under the Convention.

But does a reference to the applicable law make sense in the matter of time in conflicts? I think it does (nay, it is the correct solution) when the question to be decided is what *rules* of the governing law apply once a change of *substantive rules* intervened within that law. On the contrary, I believe that it does not when the *conflict rules* have changed because a new Convention on private international law has come into force 'in lieu' of an older one, or a 'conflit mobile' has arisen on account of the variable character of the connecting factor used by the Convention. Here the question is which is the relevant connexion: the one used by the first or by the second Convention? or, respectively, the connection effected by the connecting factor as operative at one given moment or afterwards? It seems that if the Convention does not help (for instance – *quod est in votis* unless, of course, 'mutability' is what one *wants!* – by fixing in time those connecting factors it uses which, by themselves, are open to change), each contracting State will have to fall back on its own resources.

12. I think that the question of 'conflits mobiles' should be examined separately, although it may well turn out that it is to be solved along the same lines as the question of a change in the conflict rules.

13. I do not see any for the moment.

14. I think that the question of a change in the substantive rules of the applicable law should at least be mentioned (see *supra* under 11).

15. See my answers to 9 and 10.

Maybe I misread some of your passages, and some of my own are, consequently, shrouded in mystery. Forgive me! You certainly painted a broad canvas with your usual artistry!

All the best.

Sincerely yours, *Rodolfo De Nova*

3. Observations of Professor Dr. Franz Gamillscheg

Dear Professor Graveson,

I would like to write you a preliminary answer to your paper, which illuminates so well all the difficulties involved in this topic. In my opinion the factor of time is of the greatest importance whenever the situation in question is of longer duration.

1. I suggest dividing the topic under the following (three) main headings:

(1) The substantive law may have been altered between the time of the creation of the legal situation and the present: – e. g. community of property may have been introduced meanwhile as the new 'régime matrimonial'; a contract may have been entered into by the parties at the time when it was illegal under a statute that has since been repealed.

The change in the substantive law may be in consequence of new legislation, the overruling of an older precedent, a change of interpretation etc.

The rule should be in my view that the judge of the forum should apply the substantive law in the same way as the judge would have done in the country from which the law originates (i.e.) including its intertemporal rules (as in the cases cited in footnotes 16 and 17 of your Preliminary Exposition).

These intertemporal rules may be explicit: e. g. rules on the application of the new matrimonial property law to existing marriages; or left to the judge: – e.g. the rules on retroactivity (immediate applicability to existing contracts) as drawn up by the Federal Court of Labour, in: Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 156, 165 § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 10 § 75b HGB.

Of course retroactivity as imposed by the substantive law may be contrary to public policy, *cf.* the cases cited on footnotes 18 and 19.

(2) The connecting factor may change: – e.g. a Spaniard married to a divorced woman becomes a German citizen or acquires an English domicile; or: personal property is transferred into another country.

The main principle should be *tempus regit actum* (my congratulations, by the way, on this excellent dictum!). TRA best protects the principle of certainty and predictability of law.

There may however be overriding counter-interests. One such interest seems to be *favor matrimonii.* A valid marriage should remain valid (except in public policy cases, as for instance in the case of marriages of children under age); but an invalid marriage need not remain invalid: –

Why should a German judge, for example, dissolve the marriage of German citizens because they are uncle and niece just because they were Swiss citizens at the date of marriage?

Here too exceptions are possible: A girl has been, say, fraudulently enticed into marriage. As a consequence, under the girl's personal law, the marriage is voidable. This remains so notwithstanding the fact that she acquired her husband's nationality (or domicile); or:

Parties who had previously submitted their contract to law X may afterwards choose law Y (e. g. adopting the law of the forum in order to open the way to the Supreme Court).

No change in the connecting factor can take place, of course, in cases of immutable connections: – *cf.* Art. 15 of the German Law of Introduction to the Civil Code referring to the husband's nationality at the date of the marriage.

Mutability or immutability are respectively determined by the relevant laws and statutes. I doubt if there is much possibility of elaborating any general (international) rules.

e.g. A Spaniard acquires English domicile. If the *lex fori* A refers to his domi-

cile at the date of the marriage (a reference, though, unknown to me) the marriage is indissoluble; if it refers to his present personal law, he may obtain a divorce whatever Spanish law may say. In my view therefore no general rule on 'indivorceability', could be established.

(3) The PIL of the forum has undergone a change.

Thus, in Germany in 1938, the rule that the personal law of a stateless person was his former national law was replaced by the connection with his permanent residence.

The Federal Court of Constitution has declared Art. 15 of the Law of Introduction invalid for violation of Art. 3 of the Constitution (Equality of Women).

Here too, the main principle should be *tempus regit actum*. In the field of matrimonial property in particular a long series of decisions has corroborated this principle. But here, too, we must take into account the fact, that other considerations may be stronger. Though not yet decided, the possibility cannot be excluded that in Germany the concept of equality of women may prove stronger than the principle of legal certainty or predictability (though I should regret such a development).

A change in the law due to consideration of public policy has the same effect as a change in a conflict of laws rule: – e. g. a mixed marriage was considered to be against public policy when entered into, but now no longer: the marriage becomes valid.

When *renvoi* is accepted, the change of the foreign conflict rule may have the same effect.

2. Alterations in the substantive law, as in (1,1), and in the connecting factor, as in (1,2), may coincide. In this case there are plenty of precedents stating that principle (1) does not operate. The substantial law remains unchanged (so-called petrification): – Thus in 1945/46 millions of Germans were expelled from the Sudetenland and settled in West Germany. Later the Czechoslovak law of matrimonial property was replaced by new regulations. This change was declared inapplicable; the old state of law continued to be applied, notwithstanding the principle of immutability; *cf.* Bavarian Supreme Court, Familienrechts-Zeitschrift 1959 p. 357. For a similar case see Cour Paris, Revue critique de droit international privé, 1969, p. 69 (Rumanian refugee).

A similar problem would have arisen if, in the *Starkowski* case, the Austrian statute of validation had been enacted after the acquisition of English domicile by the parties.

It goes without saying that we are far from any unanimity of opinion as regards 'petrification'. Yet I should recommend that we should draw up a rule and not leave everything to the circumstances of each individual case (as seems to be proposed in fn. 22).

Finally, the time factor plays a part in the recognition of foreign judgments.

(a) The conditions of recognition may have changed: – As there are several such conditions – § 328 of the German Code of Civil Procedure enumerates five (competence, fair trial, application of the proper law, public policy, and mutuality) – the time factor has to be examined separately with each of them. The diversity of opinions is great, and no rule seems to have been universally accepted.

(b) The law of recognition may have changed: – Here the general rule may be again *tempus regit actum* –, provided the foreign judgment was capable of being

recognised at the date of the proceedings. The other case is more difficult to answer. If a foreign judgment was delivered at a time when it was not 'recognisable' according to the law existing at that time (e. g. for lack of mutuality) it seems unnecessary to bar recognition now, when mutuality is no more necessary. Yet the other party may have relied on this judgment having no effect. A general answer seems very difficult.

3. Please allow me to add just two more remarks: – I do not quite agree with the statement on p. 60 that ours is a question with 'minimal moral content'. In my opinion the principle of *tempus regit actum* reflects the necessity to protect public confidence in the stability, and predictability of law – a not ignoble task.

– The theoretical distinction between the creation and the substance of the legal situation seems to me of little help. These various questions should be answered with the help of really material guide-lines.

Please accept this letter as a preliminary answer. If needed I shall be glad to provide you with all the details of German law. But I must warn you that our case-law is very plentiful, and that German professors are seldom unanimous.

Sincerely yours,

Franz Gamillscheg

4. Observations of Professor Pierre Gannagé

Beyrouth, le 30 janvier 1977

Mon cher Confrère,

Les tristes événements qu'a vécus le Liban ces derniers mois ne m'ont pas permis de recevoir plus tôt votre remarquable rapport auquel vous me pardonnerez de répondre tardivement.

Laissez-moi d'abord vous féliciter d'avoir si lumineusement présenté en quelques pages ce problème complexe des conflits dans le temps dont les manifestations sont multiples en droit international privé et où toute tentative de systématisation s'avère bien difficile et souvent artificielle.

A cet égard votre rapport prend bien soin d'isoler les divers types de conflit comme aussi les critères susceptibles d'être adoptés pour les résoudre.

Toutes ces nuances ne vous empêchent pas de montrer cependant comment l'évolution des règles juridiques dans le temps pose souvent les mêmes problèmes en droit international privé qu'en droit interne et peut donc fonder les mêmes solutions.

Ici comme là, il s'agit toujours en effet de concilier l'impératif de stabilité des situations juridiques avec le souci d'assurer l'application immédiate des règles nouvelles présumées désormais meilleures que celles qu'elles ont abrogées.

Il y a ainsi un droit intertemporel dont la mission dans la vie internationale comme dans la vie interne vise à assurer l'équilibre entre des exigences aussi contradictoires et qui tente à revêtir une certaine autonomie.

Cependant cette autonomie est relative. D'abord parce que, comme vous le soulignez concrètement, à plusieurs reprises, les règles de conflits dans le temps sont

nécessairement sensibles à la nature des matières juridiques. Et on a souvent mis en lumière l'influence de la qualification de ces matières sur leur contenu. A cet égard les règles du droit intertemporel peuvent être difficilement détachées des règles substantielles dont elles constituent le complément indispensable et dont elles cherchent à assurer la pénétration avec le moins de bouleversement, mais aussi avec le plus d'efficacité.

Cette autonomie du droit intertemporel est ensuite limitée par les exigences de chaque ordre juridique. Et les exigences de l'ordre international apparaissent souvent spécifiques et peuvent contribuer à infléchir dans une direction différente les règles correspondantes du droit transitoire interne. Il en est surtout ainsi, s'agissant du conflit mobile qui demeure un conflit dans l'espace et dont la solution doit nécessairement tenir compte du souci de préserver, dans la vie internationale, l'homogénéité du régime des situations juridiques qui peuvent chevaucher dans le temps sur des espaces nationaux différents.

C'est surtout à propos de ce conflit qu'il sera nécessaire de souligner parfois, dans le domaine temporel, les originalités du droit international privé par rapport au droit interne. Et c'est là un problème qui mérite une attention plus particulière.

Ces observations vous paraîtront banales; elles veulent essentiellement vous manifester tout l'intérêt que j'ai porté à la lecture de votre rapport si riche de réflexions, de suggestions, et pour lequel je vous remercie encore.

Vous trouverez ci-dessous les réponses aux diverses questions posées:

1. Oui.

2. Il me semble que l'objet du travail de notre Commission est l'examen du problème du conflit dans le temps en droit international privé. En conséquence l'expression «le problème intertemporel en droit privé» paraît déborder le cadre de ce travail. Cependant, comme vous le soulignez si judicieusement, l'étude des conflits dans le temps en droit international privé pousse inévitablement à leur rapprochement de ceux qui surgissent en droit interne, ne fût-ce que pour mettre l'accent sur les traits spécifiques qui les en distinguent.

On peut donc, sans inconvénient majeur, maintenir le titre ainsi choisi pour indiquer le travail de notre Commission, étant précisé que ce titre vise essentiellement les situations juridiques qui se rattachent à la vie internationale.

Cela dit, il me paraît souhaitable de mener notre étude aussi bien sous l'angle de la compétence législative que de la compétence judiciaire. Les conflits dans le temps qui dérivent d'une modification des règles de la compétence judiciaire ont été peut-être moins étudiés et méritent d'être approfondis.

3. Le conflit examiné ici est un conflit dans l'espace, non un conflit dans le temps. Il ne dérive pas en effet d'une succession de lois dans le temps, mais de l'appréciation différente du temps dans des espaces nationaux différents.

On peut, en l'absence d'une volonté contraire des parties, le résoudre, comme vous l'observez judicieusement, par l'introduction d'une règle matérielle, en se référant par exemple au Greenwich Mean Time, pour fixer le moment de naissance ou d'extinction d'une situation juridique internationale, si ce moment prête à discussion.

Il est également possible de choisir le temps tel qu'il est fixé dans le pays dont la loi régit le fond de la situation juridique envisagée.

Ainsi, en matière contractuelle, la divergence de dates ou de moments entre les lieux auxquels le contrat se rattache, ne peut-elle être logiquement surmontée par la référence au temps en vigueur dans le pays dont la loi régit le contrat?

De même, dans le domaine de la capacité, pour se prononcer par exemple sur le point de savoir si une personne a atteint l'âge de la majorité à telle date ou à tel moment, ne doit-on pas logiquement choisir le temps tel qu'il est compté dans le pays de la loi personnelle de l'intéressé?

Une pareille position présente l'avantage d'intégrer la question du temps pris en considération à la loi qui régit le fond des situations juridiques.

On lui reprochera cependant de conduire à des solutions différentes d'un pays à l'autre, en raison de la disparité possible des règles de conflit.

A cet égard, le système de règles matérielles que vous suggérez s'impose davantage par sa commodité et par ses chances de réaliser une uniformité des solutions. Son efficacité dépend néanmoins de la possibilité de le faire accepter dans les divers pays.

4. Oui, sauf certaines réserves quant au principe d'extension aux conflits mobiles, en droit international privé, des règles correspondantes du droit interne. Ce point fait l'objet de la question (5) que nous allons examiner.

5. Il paraît en effet utile de différencier le conflit dans le temps, qui découle d'une modification de la règle de conflit de l'Etat du for, du conflit mobile, qui résulte d'un changement de la circonstance de rattachement.

Le premier peut être résolu logiquement par le recours aux règles correspondantes du droit transitoire applicables aux mêmes matières dans la vie interne. C'est en effet ici l'Etat du for qui modifie lui-même sa règle de conflit comme il aurait pu modifier les dispositions matérielles de son droit interne. Il est lui-même l'auteur des deux règles de conflit qui se succèdent dans le temps, et leur coexistence dans le temps pose ainsi les mêmes problèmes et appelle les mêmes solutions.

Il est vrai qu'on a opposé à cette extension le fait qu'une situation juridique internationale ne s'insère pas dans le système du for de la même manière qu'une situation juridique interne. Elle a pu, a-t-on observé, au moment de sa naissance, être complètement extérieure à ce système, et il paraît dès lors artificiel, si ses conditions de formation sont appréciées postérieurement par le juge du for, de leur appliquer la règle ancienne de conflit du for, alors qu'elle n'a jamais eu un contact avec cette règle.

Mais cette objection porte trop loin. Car elle devrait normalement conduire à écarter complètement le système de conflit du for aussi bien dans ses dispositions nouvelles que dans ses dispositions anciennes. Et on ne saurait accepter cet effacement qu'avec beaucoup de précautions, et seulement dans certaines hypothèses[1].

L'application des règles du droit transitoire nous paraît donc offrir une solution plus ferme et plus logique pour ce premier type de conflit.

On peut, au contraire, hésiter à maintenir ces règles pour le règlement du conflit mobile. Celui-ci est en effet plus complexe, puisqu'il constitue en même temps un conflit dans l'espace et un conflit dans le temps. L'application des règles du droit transitoire conduit ici à soumettre les effets d'une situation juridique à une loi dif-

[1] Voir notamment à ce sujet *Batiffol et Lagarde,* Traité, t. Ia, no. 322 (L.G.D.J.) Paris, 1974.

férente de celle qui a présidé à ses conditions de formation. Ces lois, émanant d'Etats différents, peuvent procéder d'inspirations différentes, et ne pourront toujours être accordées heureusement. On pensera à la difficulté de juxtaposer dans le temps les lois civiles et les lois religieuses, et plus généralement les lois témoignant de civilisations assez étrangères l'une à l'autre.

Aussi il me paraît difficile d'accepter une solution de principe dans ce domaine, le problème devant être envisagé dans chaque espèce d'après le degré de parenté des lois en présence, et aussi avec le souci de déjouer les manœuvres frauduleuses des parties. Celles-ci en effet, comme on le sait, en modifiant la circonstance de rattachement, cherchent à profiter des règles du droit transitoire et à obtenir ainsi dans les matières impératives l'application d'une loi qui leur paraît plus favorable.

6. Oui.

7. Cette distinction pourra être d'un grand secours en droit international privé comme en droit interne. Cependant, son utilisation pour le règlement du conflit mobile suscite les réserves indiquées plus haut, quand les lois qu'on cherche à faire cohabiter dans le temps ne peuvent être harmonieusement accordées (voir réponse à la question 5).

8. L'intérêt de cette distinction est difficile à concrétiser. Dans les deux hypothèses présentées, il y a rétroactivité puisque la loi nouvelle va s'appliquer à des faits survenus ou à des actes effectués avant son entrée en vigueur.

Cependant, dans le premier cas *(pre-legal facts),* la rétroactivité paraît décidée par le juge alors qu'elle s'appuie dans le second cas sur une disposition législative. Cette différence d'origine se traduit par la poursuite d'objectifs différents.

Dans le premier cas en effet, le juge élargit le domaine d'application de la loi nouvelle en lui faisant atteindre des faits antérieurs à sa promulgation, et cela soit pour assurer une meilleure cohésion du régime des situations juridiques qui s'étalent dans le temps, soit aussi parfois par faveur pour ces situations dont il lui apparaît utile d'assurer la validité ou l'efficacité.

Ainsi, dans l'affaire *Indyka,* dont vous nous rappelez tout l'intérêt, la Cour d'appel et la Chambre des Lords pour donner effet à une décision tchèque de divorce ont pris en considération un chef de compétence qui n'avait pas son correspondant dans la législation anglaise au moment où la décision tchèque avait été prononcée. Il a ainsi paru utile aux juges de faire bénéficier de la législation nouvelle, des décisions étrangères rendues antérieurement à son établissement.

Les juges auraient-ils adopté la même position, si la législation nouvelle avait été plus sévère que le régime antérieur? La question mérite d'être posée et on se demandera si, dans cette espèce, la Cour n'a pas été essentiellement déterminée par le souci d'assurer l'efficacité du jugement qui lui était soumis. Il aurait paru en effet excessif que le jugement tchèque ne profite pas des faveurs de la loi nouvelle, sous prétexte qu'il avait été prononcé antérieurement à l'entrée en vigueur de celle-ci.

Tout autre apparaît le problème des lois étrangères rétroactives qui revêtent une portée plus générale. Celles-ci ne sont plus repoussées aujourd'hui par le juge du for en raison de leur rétroactivité, mais de leur incompatibilité avec l'ordre public du for ou aussi, dans une certaine doctrine[2], à cause de la disparition de leur

[2] Voir *Giardina,* Revue critique de droit international privé, 1972, pp. 401 ss.

contact avec des situations juridiques qui leur sont devenues complètement extérieures et qui ne sauraient donc être affectées par leur évolution future.

De toute manière, dans cette hypothèse, la rétroactivité est édictée par la loi dont elle constitue un des éléments essentiels. C'est l'analyse objective de cette loi qui portera généralement un juge étranger à l'accepter ou à la refuser au nom de l'ordre public.

9. C'est là certes une question qui n'est pas particulière au droit international privé. Elle revêt cependant une importance accrue dans cette matière, en raison du rôle déterminant que joue la jurisprudence non seulement dans l'interprétation des règles du droit positif, mais aussi, souvent, dans leur création et leur transformation.

Lorsque la jurisprudence se borne à interpréter les textes du droit positif, ses solutions s'appliquent, on le sait, quelle que soit la date des faits soumis au juge. Une interprétation nouvelle est présumée meilleure qu'une interprétation précédente qu'elle vise à corriger ou à compléter. Il est donc normal qu'elle rétroagisse.

Au contraire, quand la jurisprudence crée le droit positif, et quand elle modifie des règles qu'elle a précédemment établies, le revirement qu'elle opère va-t-il atteindre des situations juridiques formées antérieurement et dont les effets se sont déjà réalisés?

La question est embarrassante, du fait que l'évolution de la jurisprudence, même dans sa fonction créatrice, ne s'effectue pas toujours brutalement, mais d'une manière lente et graduelle, au fil des espèces qui lui sont soumises.

Alors que le changement législatif est nettement visible et s'effectue à une date déterminée, le revirement jurisprudentiel s'étale dans le temps, et doit être souvent déduit d'une multitude d'espèces disparates et difficilement identifiables les unes par rapport aux autres.

Ainsi, pour emprunter un exemple classique puisé dans la jurisprudence française, on a dit que l'arrêt *Rivière*[3] avait opéré un revirement en appliquant la loi du domicile au divorce d'époux de nationalité différente. La solution était sans doute nouvelle en 1953. Mais on pouvait difficilement à cette date lui assigner une portée générale.

En effet, la Cour de Cassation, dans cet arrêt, en appliquant la loi du domicile, affirmait dans des motifs surabondants que cette loi coïncidait en l'espèce avec la loi du mari et la loi du for. Et les commentateurs, à l'époque, s'interrogeaient sur la signification de cette affirmation qui venait tempérer la nouveauté de la solution introduite.

Plus tard, il est vrai, la Cour de Cassation s'est débarrassée de ces précautions en appliquant clairement la loi du domicile dans l'arrêt *Lewandowski*[4]... Mais on se demandait encore si la nouvelle règle conduirait les tribunaux français à refuser le divorce à la Française mariée à un étranger, quand le domicile matrimonial se trouvait fixé à l'étranger et que la loi étrangère ignorait le divorce.

Ceci manifeste bien que le conflit dans le temps, de type jurisprudentiel, ne revêt pas toujours la même généralité, la même précision, que le conflit législatif. Le découpage de la jurisprudence dans le temps est en effet plus ardu à opérer, car

[3] Cass. civ. 17 avril 1953 – Revue critique de droit international privé, 1953, p. 412.

[4] Cass. civ. 15 mars 1955, *ibidem*, 1955, p. 320.

la décision jurisprudentielle est essentiellement sollicitée par le particularisme du cas auquel elle doit répondre, et ce particularisme diminue considérablement ses possibilités de rétroagir.

Cela observé, il n'est pas exclu que, dans certains cas, le conflit dans le temps de type jurisprudentiel puisse revêtir une précision suffisante pour poser les mêmes problèmes que dans le domaine législatif. Il me semble qu'il n'y aurait pas alors d'inconvénient à lui appliquer le même traitement, les mêmes solutions, la jurisprudence constituant une source créatrice du droit, davantage encore en droit international privé qu'en droit interne.

10. Les problèmes posés par les lois étrangères rétroactives ont déjà été évoqués (question 8).

La rétroactivité ne constitue pas par elle-même, comme vous le soulignez, un obstacle à l'accueil des lois étrangères. C'est seulement si elle conduit à des résultats inacceptables et choquants pour le juge du for, qu'elle déterminera le rejet de cette loi au nom de l'ordre public.

Cependant la notion d'ordre public est estimée aujourd'hui insuffisante à fonder toujours l'exclusion des règles du droit transitoire étranger. Et dans une certaine doctrine, cette exclusion pourrait être justifiée dans certains cas, en dehors de l'ordre public, par la disparition du contact des situations juridiques examinées avec le système juridique étranger.

Ce nouveau critère a notamment été utilisé pour soustraire les réfugiés aux conséquences des mesures rétroactives prises par leur autorité d'origine dans le domaine des régimes matrimoniaux[5].

On observera cependant que dans ces hypothèses, le droit transitoire étranger n'a pas été éliminé en tant que tel, mais parce qu'il constituait un élément du système étranger qui avait perdu toute attache avec les situations juridiques qui lui étaient autrefois soumises.

Le rejet des lois rétroactives étrangères ne se fonde donc pas ici sur des critères d'ordre temporel. Il constitue plutôt la conséquence, dans le domaine temporel, de l'éviction de l'ensemble du système étranger. Certes, la loi étrangère a été parfois conservée dans ses dispositions anciennes. Et on a dit qu'elle était alors «pétrifiée».

Mais la pétrification signifie bien que les dispositions qu'on veut conserver ne participent plus à la vie du droit étranger, mais constituent seulement désormais un fragment historique de ce droit, un fragment desséché.

11. Comme vous le montrez clairement, les problèmes d'ordre temporel que peut soulever le traité doivent être résolus de la même manière dans les Etats où il s'applique, si on veut assurer l'uniformité de son interprétation.

Vous soulignez également, en vous référant à la Convention de La Haye de 1960 relative à la forme des testaments, la tendance de résoudre parfois le conflit dans le temps, en l'espèce le conflit mobile, par la préférence donnée à la loi qui consacre un résultat positif, c'est-à-dire qui permet de sauver le testament.

Cette tendance mérite en effet d'être attentivement observée. Elle révèle que le conflit mobile est résolu dans ce cas par l'examen concret du contenu des lois en présence. C'est le résultat auquel aboutit sa solution qui en constitue le fondement.

[5] voir à ce sujet *Giardina op. cit.* pp. 401 et suivantes.

Qu'on applique la loi ancienne ou la loi nouvelle, peu importe, pourvu que l'une d'elles permette de valider le testament. Le règlement du conflit s'inspire encore ici de la faveur qu'on porte à l'acte examiné et non de critères d'ordre temporel.

La même tendance peut également être relevée dans le domaine de la filiation naturelle où le conflit mobile a été parfois résolu au profit de la loi qui facilitait davantage l'établissement du lien de filiation.

Il reste qu'un pareil critère, s'il se justifie dans des cas spécifiques, doit cependant être manié avec beaucoup de prudence et ne saurait être étendu sans danger.

Il peut conduire en effet à un certain subjectivisme susceptible de compromettre toute stabilité dans les solutions.

12. Oui.

Il y a sans doute une parenté entre les règles du droit transitoire et celles du conflit mobile.

Mais ce dernier me paraît revêtir des traits spécifiques qui ont été souvent mis en lumière et qui peuvent justifier qu'on lui applique un traitement particulier. D'abord, comme on l'a déjà observé, parce qu'il surgit entre des systèmes juridiques susceptibles de procéder d'inspirations différentes et dont l'articulation s'avérera malaisée. Ensuite, parce que la volontê des parties qui exerce une emprise sur la modification de la circonstance de rattachement peut jouer un rôle important dans son déclenchement.

Cela dit, les solutions données à ce conflit peuvent être difficilement systématisées en raison du particularisme des espèces où il se pose. Face à cette difficulté de systématisation, il nous est certes possible de recourir, pour le résoudre, aux règles du droit transitoire interne, mais avec précaution, à titre purement rationnel, en recherchant, dans chaque cas, si la solution donnée dans ce droit peut être maintenue pour le règlement du conflit mobile.

Pierre Gannagé

5. Observations of Professor Sir Otto Kahn-Freund

Haslemere, 27th December 1976

I owe you a very sincere apology for the delay of this reply to your letter of 30th June, but I have been busy with a number of things, and it was only in the course of the last few days that I was able to read with care and attention your very interesting Preliminary Exposition and the questionnaire attached to it.

The Exposition raises a number of fundamental problems, and does so, if you will allow me to say so, in a manner which stimulates thought, – and this, I take it, is the main object of an Exposition of this type. It seems to me to raise at least four sets of problems which it distinguishes implicitly. These, I would agree, are the main problems with which this Commission has to deal, and, for my own perhaps more than for anyone else's convenience I just enumerate them before answering the questionnaire as best as I can:

(1) In the event of a change of the private international law norm of the forum which conflicts rule applies to the case to be decided? You refer to this question several times, e. g. in connection with the decision of the House of Lords in *Indyka v. Indyka* [1969] 1 A.C. 33. It was much discussed in Germany around the turn of

the Century when the Introductory Law to the Civil Code introduced new conflicts rules. I doubt whether the answer depends on the distinction between statutory and judicial legislation, provided we discard the doctrine of the 'declaratory' nature of judicial precedents which you seem also be inclined to reject. It is obviously for the *lex fori* to answer the question, perhaps except *renvoi* or possibly 'incidental questions'.

(2) In the event of a change of the facts which constitute the connecting factor with reference to what time should these facts be ascertained? This is the *conflit mobile dans le temps*. This too must generally be decided by the *lex fori* which defines its own connecting factors (exceptions apart). I agree that *de lege ferenda* a distinction between the law referring to acts or events and the law referring to legal relations may be useful, i. e. (for the former) something like your rule *tempus regit actum*. Generally one can distinguish between static and variable connecting factors: the *locus actus* would be static, domicil variable.

(3) In the event of a change in the law to be applied according to the conflicts norm of the *lex fori* what time determines the relevant law? This, I think was Roubier's main problem, as you clearly show at pp. 63 and 64 *infra*. In my submission this is a matter for the *lex causae*. This is a requirement of international harmony. You mention a number of English cases which bear this out (see p. 64 and 65). *Adams v. National Bank of Greece* [1961]. A.C. 255 confirms it – the proper law was English, and *Lynch v. Provisional Government of Paraguay* [1871] L. R. 1 P. & M. 286 seems to me to be a decision on public policy. This problem of public policy is the real problem: or, put differently, how far should a foreign rule of retroactivity be considered as contrary to the *ordre public* of the forum? This is probably the most difficult question to be discussed by the Commission. It can be developed by taking *Starkowski v. Attorney General* [1954] A. C. 155 as a theme for variations.

(4) In the event of a change in the jurisdictional facts which are the basis of

a) the jurisdiction of the forum

b) the jurisdiction of a (to the forum) foreign court the recognition or enforcement of whose judgments is involved, which law determines the moment with reference to which the jurisdictional facts should be ascertained, e. g. the problem of *perpetuatio fori* you mention at the end of para. 1 at p. 57.

In situation a) this must, I think, always, and in situation b) it must generally be answered by the *lex fori*, i. e. the law of the court asked to exercise jurisdiction or to recognise or enforce a foreign judgment.

I apologise for this lengthy introduction which is no more than a repetition of what you had already said.

Now the Questionnaire:

Question 1: Yes.

2: a) and b): yes. c) no. c) does not seem to me to raise a problem of private international law, whilst a) does.

3: No. This is, I think, a matter for the *lex causae*. The meaning of 'spring' or '*printemps*' (no matter which) in a contract governed by French law is determined by French law wherever it arises, and also the answer to the question whether 11 a.m. means 11 a.m. in Paris or in New York (if e.g. New York was the *locus solutionis)*. This is not a private international law problem.

4. See my introductory remarks.

5. As regards a change in the law to be applied: yes, as regards the *conflit mobile dans le temps:* no, because this is a matter for the *lex fori.*

6. As regards the *conflit mobile dans le temps:* yes, as regards a change of the law to be applied: no, because this is a mater for the *lex causae* which may choose to change the law retrospectively (Starkowski!).

7. Only with reservations: If T had no testamentary capacity according to the *lex domicilii tempore testamenti,* changes his domicil, and by the law of the domicil at the time of his death would have had capacity at the time when he made the will, it is not unreasonable to uphold the will, *ut rex magis valeat quam pereat.* Here the law governing the 'institution' is made to govern the 'creation'. Similarly as regards a change in the law which is not a *conflit mobile dans le temps:* again *Starkowski* is a good example. Morris rightly doubts (Dicey and Morris, *Conflict of Laws,* 9th ed., p. 49) whether the decision would have been the same if Austrian law had retrospectively invalidated instead of validating the marriage.

8. No. I am not convinced that this is a useful distinction, and I do not see that the cases mentioned at p. 64 (transformation of dependent domicil into domicil of choice) will help us.

9. As I said above, we should, I think, treat the overruling of case law in a common law system as the equivalent of a change in legislation, and to some extent this may also apply in systems of law like those of France or Germany which, without a formal doctrine of *stare decisis,* in fact treat *la jurisprudence* as an authority. But I do not think we can consider the matter *ex professo.* We must make an agreed assumption.

10. Yes. This is central. The first point I have already mentioned above. The second is also vital. The answer must, I think, be that a judge applying foreign law must treat it as the foreign judge would do if he was dealing with the case at the same time. No one will, I hope, suggest that e. g. Art. 1384 of the French Civil Code should today be applied by an English judge the way a French judge would have applied in 1804.

11. It would be desirable, – is it possible? We have a very rich menu. Can we add another course?

12. I consider this distinction as fundamental for the whole exercise. See above.

13. I hope I have answered this in my introductory remarks.

14. None I can think of at the moment.

15. See 2 (c), 8, 9, and perhaps 11 above.

Yours ever, *Otto Kahn-Freund*

6. Observations of Professor Willis L. M. Reese

New York, September 16, 1976

Dear Ronald,

I have read with great interest and real admiration your Preliminary Exposition on the subject of our Commission, namely 'Le problème intertemporel en droit privé'. My answers to your questions are as follows:

Question 1. Yes.

Question 2. I would think that we should regard our subject as, in your words, 'including all questions of the choice of alternative times in matters of private international law and jurisdiction'.

Question 3. A statement of a general principle worries me unless I have a pretty clear idea of just what situations the principle would cover. I am uncertain of what would be covered here. Hence I am reluctant to recommend approval of any general principle for the determination of time and date in private international transactions. Certainly, in matters of contract, the intentions of the parties, if they have such intentions, should control. But beyond that I am uncertain.

I do not believe that I could approve a principle that in the case of a conflict of dates the later should be applied. Suppose, for example, that in contracting for the purchase of some article from a United States manufacturer a Japanese states as a condition for any obligation on his part that the article must be mailed on, say, June 15th. The article is mailed from the United States on June 15th, U.S. time, but at a time when it would be June 16th in Japan. I would suppose that on this state of facts the Japanese purchaser would be bound.

I question whether many persons are aware of Greenwich Mean Time. Hence I would be hesitant to rely upon this concept.

It may be that a principle calling for application of the later date would be acceptable for questions of prescription.

Question 4. Here you seem to be using 'principle' in a somewhat different sense than that in which the term is employed in Question 3. As used in Question 3, 'principle' seems to refer to a hard-and-fact rule of law whereas in Question 4, it seems to refer to a factor or guideline that a court should consider in arriving at its decision. Taken in this latter sense, I agree with the 'principles' stated in paragraphs 4 and 14. My one problem is that I don't understand what exactly you mean by a 'positive' as opposed to a 'negative' solution. Would not much depend upon the particular point of view of the person involved?

Question 5. I would be inclined to think that, usually at least, the effect of time should be determined by the law made applicable by the private international law rules of the forum. Presumably, this law would make some accommodation for the lapse of time. So, for example, the internal law of the state where the testator died domiciled would presumably provide that the question of his capacity should be determined as of the time that he executed his will rather than at the time of his death.

Question 6. I would agree that usually one should apply the law as it existed at the time of the significant event. But such a principle must be subject to exceptions. Take, for example, a law which retroactively validates an initially invalid marriage (see e.g. *Starkowski v. Attorney-General*) or a will. See also my answer to Questions 13–14.

Question 7. The distinction suggested may well be important. But I do not think that it can be conclusive. I would not doubt, for example, that in a proper case reference may be made to events taking place after the signing of a contract to determine which is the proper law governing the contract. If so, these subsequent events may bear upon the validity of the contract or upon the nature of the obligations it imposes.

Question 8. I am doubtful. Also I am doubtful whether such a distinction can meaningfully be drawn. In *Indyka v. Indyka,* for example, one could say with equal logic that the new English law of jurisdiction was retroactively applied to validate a previously invalid Czech divorce decree.

Question 9. I am uncertain. In general, I suppose that the effect of an overriding or reversal of a judicial decision should depend upon the internal law of the state where the decision was handed down. To my mind, the problem of retroactivity becomes difficult in situations where the parties actually relied upon the first decision in moulding their transaction. In any event, the possibility of a change being made in a decisional rule is something that lawyers should always take into consideration.

Question 10. I am uncertain. I would suppose that, usually at least, the answer to both questions should depend upon the internal law of the state whose enactment is in question.

Question 11. I would suppose so. But I would also suppose that no single rule is possible. After all, different conventions deal with different topics and what is appropriate for one convention may not be appropriate for another. For example, it may be that, in the absence of an express provision on the point, a convention dealing with procedural problems should be applied retroactively while one dealing with substantive matters should be given only a prospective application. Perhaps we should recommend that conventions should contain explicit provisions directed to the problem of time.

Question 12. My initial reaction is that we need not deal with this distinction.

Question 13–14. We should also be concerned with the relevance of subsequent facts in determining the law governing rights and liabilities in tort. For example, should the fact that a party, or both parties, have moved to another state following the commission of a tort be considered in determining what law should be applied to govern an issue in tort? This question has arisen on a number of occasions in the United States and, as might be expected, has evoked conflicting responses on the part of the courts. See, for example, *Reich v. Purcell,* 67 Cal. 2d 551, 432 P. 2d 727 (1967) and *Miller v. Miller,* 2d, N.Y. 2d 12, 237 N.E. 2d 877 (1968). Both of these cases were concerned with the question of what law should be applied to determine the amount of recovery for wrongful death. In *Reich,* the court expressly disregarded the fact that following the accident one of the parties had changed his domicile to another state. In *Miller,* on the other hand, such a subsequent change of domicile was deemed of crucial importance.

The problem is considered in a student note in 67 Colum. L. Rev. 843 (1969), where it is said (at p. 865).

'The logic of interest analysis required that governmental interests be weighed as they exist at the time of trial rather than at the time of the transaction or occurrence in issue. At the same time, . . . [c]onsiderations of fairness, predictability and the existence of forum shopping should be considered. Consequently, it is as wrong categorically to give effect to past occurrence events as it is categorically to deny their relevance.'

For what it may be worth, I question whether it will prove possible to state hard-and-fast rules with respect at the least to the relevance of postoccurrence

events in the selection of the applicable law. Rather I suspect that no more can be done than set forth one or more general principles, such as *tempus regit actum,* which will, however, be subject to exceptions. Then perhaps we can list at least some of the considerations that a court should bear in mind in determining whether the particular case calls for an exception to the general principle. I would think that most, if not all, of their considerations are set forth in paragraph 4 of your Preliminary Exposition.

I do hope that the above replies will be of some use to you. We surely all owe you a debt of gratitude for all that you have done.

Faithfully,

Willis L. M. Reese

7. Observations of Professor François Rigaux

Louvain, le 27 décembre 1976

1. Oui.

2 (c). Oui.

3. Je distinguerais trois séries de problèmes:

a) *le conflit transitoire du droit international privé* (changement des règles de conflit de lois compétentes);

b) *le conflit transitoire de droit étranger* (changement intervenu à l'intérieur du système de droit interne déclaré applicable);

c) *le conflit mobile* (déplacement ou modification du facteur de rattachement).

Les solutions sont:

a) Extension au conflit transitoire de droit international privé des solutions applicables au conflit transitoire de droit interne de la *lex fori.*

b) Application des règles de droit transitoire du système étranger compétent.

c) Interprétation de la règle de conflit de lois qui implique que soit précisé le moment auquel le facteur de rattachement doit être pris en considération.

4. Voy. réponse au 3.

5. Oui, en ce qui concerne 3a). Non pour ce qui concerne le 3c): le conflit mobile *n'est plus* un conflit transitoire.

6 à 8. Non, car nous n'avons pas, en droit international privé, à élaborer des règles substantielles de droit transitoire mais à désigner la loi compétente pour les déterminer.

9. C'est une question à rattacher au droit judiciaire du pays dont émane la décision.

10. Concerne le problème 3c) ci-dessus.

11. La question intéresse surtout le conflit mobile (les règles de conflit conventionelles devraient être précises sur ce point) et le conflit transitoire de droit international privé: voy. par ex. l'article 8 de la Convention de La Haye sur la forme des testaments.

12. Oui.

13–14. Je me réfère au schéma d'analyse proposé sous la réponse à la question 3.

15. Non.

François Rigaux

8. Observations of Professor Max Sørensen

p. t. Århus, Denmark, 5 January 1977

My dear Confrère,

I apologize for the delay in answering your letter of 30 June 1976 and your most interesting and stimulating Preliminary Exposition. It is not until the last few weeks I have found time and leisure to give the problems the attention they deserve.

Unfamiliar as I am with the special methodology of private international law, I hesitate to express anything but very tentative views on the subject matter. The following observations should therefore be taken only as an attempt to offer a modest contribution to the work of the 24th Commission, and you will find that they add little to the profound thought you have already given to the subject.

1. As already indicated in my note to you of 24 July 1976, I think we can take for granted that the terms of reference should read in French 'Le problème intertemporel en droit international privé' and not simply '... en droit privé'. Following that definition I wonder however whether the English version 'The problem of time ...' does not on another point go beyond what is intended.

2. Before proceeding I think it would therefore be helpful to define what is the specific problem with which we are concerned. The more precisely we can identify our problem, the more likely we are to make progress towards a solution.

As you rightly recall, the work of the 24th Commission grew out of the work of the 11th Commission leading up to the resolution adopted at Wiesbaden. That resolution, as I understand it, is based upon the assumption that in all branches of the law there is a general problem arising whenever the law is changed. Reduced to its simplest expression that problem is whether the old rule or the new rule shall apply to a certain fact or set of facts. Considered from the opposite angle this is identical with the problem to what facts a rule shall apply in point of time.

The 11th Commission had attempted to deal with this problem – described as intertemporal – 'dans l'ordre international'. Thanks to your very helpful intervention it was recognized at Wiesbaden that the solutions proposed by the Commission were conceived in the general context of public international law and might not provide for adequate answers to the questions arising within the field of private international law. Consequently, the resolution as finally adopted was limited to deal with 'the scope in time of the application of any norm of public international law' (par. 1). The work in which the 24th Commission is now engaged may therefore be considered as complementary to that of the 11th Commission.

I may be forgiven, I hope, for recalling that the terms of the Wiesbaden resolution defined the general intertemporal problem as relating to 'the delimitation of the scope in time of the application of norms' (first paragraph of the preamble).

Starting from the premise that private international law is the body of rules governing the choice of law in situations where a given set of facts has points of connection to more than one legal system, I see the specific intertemporal problem in private international law as arising whenever there is a change of a rule concerning the choice of law. Our problem is to find an adequate answer to the question whether the old or the new conflict rule should apply in any such situation, or in other terms what is the scope in time of the old and the new rule, respectively.

3. On this basis I wonder whether some of the questions discussed in the Preliminary Exposition might not be left aside, at any rate provisionally.

In the first place the question how an indication of time should be understood does not in my view raise an intertemporal problem, and here I revert to my suggestion that the English version of our terms of reference is too wide. By way of example: the question whether a contractual clause such as '. . .not later than . . . (date) . . . at 9 a. m.' refers to Greenwich Mean Time or to Tokyo time calls for a choice between two systems co-existing simultaneously, but not for a choice between an earlier and a later rule. The guiding consideration for the answer is therefore not the same as in the case of a truly intertemporal situation. I should think it is primarily a question of interpreting the contract according to usual methods, including those of private international law, and that the answer would often follow from a reference to the *lex causae.*

4. Secondly – and this is more fundamental and probably more controversial – I have certain doubts as to the problems examined in paragraphs 5 to 9 of the Preliminary Exposition.

As I understand it, the typical situation envisaged is that of a change of the foreign law which is applicable according to the private international law of the forum. The intertemporal problem arises in the relation between the earlier and the later substantive foreign rule, and the solution is to be found in the intertemporal rules of that foreign law. Basically, the intertemporal problem is therefore not one of private international law. The reference to the foreign law should be understood as a reference to the substantive rules as they operate in their own legal system, including the scope of their application in time.

It may be, however, that a retroactive effect under the foreign law would be contrary to the public policy of the forum, and in that case it might of course be set aside. You mention that there may be 'irrational consequences . . . beyond the protective arm of public policy' (p. 61). Personally, I find itdifficult to discern any theoretical basis other than the doctrine of public policy for setting aside the foreign intertemporal rule in this group of cases.

5. The genuine intertemporal problem in private international law arises, as I see it, when a choice-of-law rule is changed.

Now, such a change may follow, as pointed out in par. 10 of the Preliminary Exposition, from an international convention concerning uniform rules of private international law. Then one has of course to turn to the convention for a solution of the intertemporal problem. If the terms of the convention leave the question open, would the guide-lines laid down in the Wiesbaden resolution be applicable? Is not this a case where the intertemporal aspects of public international law govern the choice-of-law issue? I raise this question, hoping to be forgiven for leaving the

answer to yourself and those of our colleagues who are more competent in the field than I am.

In other respects – and particularly in all cases where the scope in time of the old and the new choice-of-law rule is determined by the domestic legal system – I see great merit in the principle that the effect of time in private international law should be the same as in the relevant and applicable internal law on the matter (Preliminary Exposition p. 61). In other terms, the choice between foreign law x, applicable under the old choice-of-law rule, and foreign law y, applicable under the new rule, should be made as if it were a choice between an old and a new substantive rule of domestic law.

One group of cases has characteristics of its own. If the change is not one of law but of the connecting factor which points to the applicable law, the solution cannot be found in the general considerations concerning the scope in time of old and new law. I refer to the examples mentioned in paragraph 12 of the Preliminary Exposition, such as the change of nationality or domicile or the removal of goods from one country to another. As you point out, however, it may very well be that the difference does not matter very much, because the practical results are likely to be the same, and I would add that the overriding theoretical concept of contemporaneousness is equally relevant in the two cases. Just as the new law should govern events taking place after it has come into force, the new connection should determine the law applicable to events taking place after the change.

6. In both groups of cases just mentioned the real difficulty may often lie elsewhere, namely in the determination of the point in time at which any given fact or factual relationship should be considered to be situated.

Here I wonder whether any guidance might be found in the typology set forth in paragraph 2 of the Wiesbaden resolution. Would it be easier to come to grips with the problems by using as a frame of analysis such concepts as 'single fact', 'repetition or succession of identical facts', 'actual situation', 'legal act: conditions of validity and continuous effects', 'content of a legal status' etc.?

I do not venture to suggest any answer to this query. But in the interest of a uniform approach to the intertemporal problem in our twin branches of international law I would not like to see it dismissed right away as irrelevant.

7. Finally, the question of jurisdiction should in my view be considered separately.

In purely national contexts I have the impression that the question whether a court is competent to render judgment in a given case is generally decided according to the law existing at the time of the judgment. I see no reason for not applying the same principle in an international context, that is to say in a case having connecting factors to one or more other legal systems than that of the forum. A further question is that of recognition of foreign judgments. Whether a judgment rendered by a court in State B within its field of competence according to its own law should be recognized in State A would have to be decided, I assume, according to the law of A at the time when the question comes up for decision.

To a certain extent international conventions on recognition of foreign judgments deal expressly with the problem. The EEC convention of 27 September 1968

provides in article 54 for a solution which for most practical purposes leads to the same results as the solution suggested above.

8. The preceding observations are based on one underlying assumption which perhaps ought to be stated explicitly.

The task of the 24th Commission as I see it is of course not simply to make a systematic survey of the case-law of various countries, multifarious and incoherent as it is. Nor is it to attempt to formulate a doctrine reflecting that case-law as we find it. We might then not be able to get beyond formulas such as 'justice and convenience' or the like, which in reality would amount to a recognition that the decision is left to the discretion of the judge in the light of the circumstances of each particular case. The task is rather, I suggest to look for a theoretical framework which may assist the judge in reaching rational decisions which can fit into a general and uniform pattern.

Having said this I hasten to add that I have no illusions as to the difficulties involved, and my observations are presented with that sense of humility which a true recognition of the task inspires.

I hope that these observations indicate my tentative position as regards most of the questions specified in the questionnaire and that I may be excused from answering each particular point.

With all good wishes and kind personal regards,

yours sincerely,

Max Sørensen

9. Observations of Professor Alfred E. von Overbeck

Fribourg (Suisse), le 28 mars 1977

1. Oui.

2. Je suis partisan de la réponse (c).

Les diverses hypothèses d'intervention du temps en droit international privé sont exposées dans le cours de notre confrère *F. Rigaux:* «Le conflit mobile en droit international privé», Recueil des cours de l'Académie de Droit international, vol. 117, 1966 I, p. 329, spéc. No. 16, p. 345.

Les trois principaux problèmes sont donc:

– le conflit transitoire de droit international privé (modification de la règle de conflit)

– le conflit transitoire de droit étranger (modification de la loi matérielle applicable)

– le conflit mobile (concrétisation différente d'une circonstance de rattachement).

A ce dernier problème se rattache celui que M. Rigaux, signalant que l'ancienne théorie des droits acquis a laissé un vide par sa disparition, désigne par «la reconnaissance des droits effectivement constitués à l'étranger (No 112 et ss, p. 423). M. *Niederer* parlait à ce propos de «droits acquis» (Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1961, p. 319; voir aussi *Francescakis,* Répertoire de droit international, tome I, 1968, p. 496, No 367 et s.). Il voyait là

une sorte de contre-partie positive de l'ordre public: le juge peut appliquer une loi autre que celle désignée par ses règles de conflit, si cela paraît équitable et juste en l'espèce. D'autres auteurs sont d'avis que l'on peut se passer de cette théorie pour arriver par d'autres moyens à maintenir des situations juridiques déjà acquises (voir notamment *P. H. Neuhaus,* Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2e édition, 1976, p. 170). Le projet suisse de codification du droit international privé atteint ce résultat par des dispositions très libérales, non seulement en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers, mais également en ce qui concerne la reconnaissance d'actes juridiques faits à l'étranger, tels que des mariages, des légitimations, des reconnaissances d'enfants, etc.

3. Si je comprends bien ce problème, il s'agit, par exemple, d'un contrat passé par téléphone entre parties se trouvant, au moment de cette conversation, dans des lieux où la date est effectivement différente. Ainsi, si un homme d'affaires de Sydney téléphone à 8 h. du matin, le 30 mars, à un collègue américain, à New York, il sera pour ce dernier 4 h. de l'après-midi du 29 mars. Dans ce cas, une règle tablant, soit sur la première, soit sur la deuxième date, pourrait donner satisfaction.

4. Sur les divers principes énoncés au paragraphe 4, je me prononce comme suit:

a) Oui.

b) Les solutions devraient en effet être inspirées essentiellement par le souci de régler de la manière la plus satisfaisante possible les relations privées des individus et non pas par les intérêts des Etats.

c) Oui.

d) Il faut considérer avec circonspection l'application, au changement de la règle de conflit d'une part, au conflit mobile, de l'autre, des principes du droit transitoire interne. Ainsi, l'application d'une règle de conflit de lois nouvelle, même à des faits antérieurs, peut être beaucoup moins choquante que l'application d'un nouveau droit matériel. Les règles de conflits de lois sont un droit indirect et il n'est pas du tout inconcevable que le juge se serve, pour juger des situations antérieures, de nouvelles règles. Cela est particulièrement vrai lorsque, avant le changement de règles de conflits de lois, la situation ne présentait aucun lien avec le for ultérieurement saisi, si bien que l'on ne peut guère prétendre que les parties se sont fiées à la règle de conflit ancienne (théorie de *Kahn* pour le EGBGB). D'ailleurs, même dans des cas où il y a des attaches avec le for, on serait tenté de souscrire à l'affirmation de *Rabel:* «Expectation of laymen based on conflicts laws is a fantastic invention» (Conflict of Laws, Vol. IV, p. 515; voir aussi *Rigaux, op. cit.,* No 6, p. 337, sur le caractère équivoque de la notion de rétroactivité).

Il est évident d'autre part que des dispositions, telles que l'abolition des mariages valides décrétée en 1937 par le gouvernement de Franco, ne sauraient constituer une solution acceptable sur le plan du droit transitoire des règles de conflits de lois, ni être prises en considération lorsqu'elles figurent dans le droit interne applicable.

Il est vrai, comme cela est indiqué au paragraphe 14, que l'on ne saurait dans cette matière donner des solutions de portée générale.

5. Ainsi que je l'ai déjà exposé, ce principe ne saurait avoir une portée absolue. Les règles du droit transitoire interne – et encore, vraisemblablement, seules les règles

d'ordre général, non les règles particulières à certaines matières – peuvent constituer pour la solution du droit transitoire des règles de conflits de lois et pour les solutions des conflits mobiles une première indication, mais non une réponse définitive. (Voir sur la restriction aux règles transitoires de principe, à l'exclusion de règles trop particulières, l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 12 mars 1970, *Pattavina c. Novak,* ATF 96 II 4, spéc. 13).

On se souviendra aussi que, dans la mesure où les règles de conflits de lois sont élaborées par la jurisprudence, elles s'appliquent nécessairement immédiatement à des situations antérieures (voir *infra ad* 9).

6. Sous les réserves faites, oui.

7. Oui.

8. Cette distinction ne me paraît pas absolument nécessaire et, comme indiqué dans l'opinion citée de Lord *Reid,* il est difficile de donner des règles générales.

Remarquons que, dans certains cas, on peut admettre qu'un conflit mobile conduit à la «convalescence» d'un acte initialement nul. (Voir surtout à ce propos l'article de *K. Siehr,* Heilung durch Statutenwechsel, Gedächtnisschrift für A. A. Ehrenzweig, 1976, p. 131.)

9. Le problème des décisions de première instance cassées par une cour supérieure, mentionné dans la question ne paraît pas soulever beaucoup de difficultés en droit continental, seules les décisions définitives pouvant jouir de l'autorité de chose jugée.

En revanche, un autre problème signalé au paragraphe 8 paraît digne de l'intérêt de la Commission: c'est celui du changement des règles de conflits de lois par la voie jurisprudentielle. Ici, les nouvelles règles sont nécessairement d'application immédiate, c'est-à-dire qu'elles régissent des faits antérieurs. Ainsi, en Suisse, le droit international privé des contrats repose presque exclusivement sur la jurisprudence du Tribunal fédéral. Nécessairement, une décision qui modifie un rattachement s'applique à un contrat qui avait été passé sous l'empire d'une règle jurisprudentielle antérieure. Ainsi dans le cas du contrat de représentation exclusive, le Tribunal fédéral a récemment passé de la loi de celui qui fournissait la marchandise à la loi du représentant exclusif (ATF 100 II 34 et surtout 100 II 450). Dans certains cas, les arrêts du Tribunal fédéral laissent prévoir un changement de jurisprudence. Il serait très intéressant de confronter les solutions des divers pays dans ce domaine.

10. Sans doute la législation doit-elle être comprise telle qu'elle est interprétée soit au moment des faits, soit même au moment du jugement. On est ramené au problème de l'évolution jurisprudentielle discuté à propos de la question précédente.

11. A la différence des Conventions sur la loi applicable aux ventes internationales, de 1955, et sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, de 1965, les récentes Conventions de La Haye fixent toutes leur application dans le temps. Le sujet est néanmoins digne d'étude.

Signalons à ce propos que le «Obergericht» de Zurich (1er mars 1972, Blätter für Zürcher Rechtsprechung 1973, p. 110) a estimé qu'il ne pouvait pas appliquer la Convention de La Haye sur la vente de 1955 (qui ne contient pas de règles sur son application dans le temps) à un contrat conclu avant son entrée en vigueur pour la Suisse. La solution ne paraît pas à l'abri de critiques, lorsqu'on considère que, pour le reste, les contrats sont soumis en droit international privé suisse à du droit

jurisprudentiel qui s'applique immédiatement. Le Tribunal fédéral a donné la même solution dans une décision qui ne mentionne cependant nullement la Convention (la solution de celle-ci étant en l'espèce identique à celle de la jurisprudence), ATF 101 II 83.

12. Il semble en effet indiqué de traiter séparément les trois situations indiquées en réponse à la question 2.

13. Les divers cas traités au paragraphe 13 (p. 71) appellent les observations suivantes:

a) Il semble y avoir ici trois problèmes distincts:

– tout d'abord la question de l'effet rétroactif (à sa naissance ou à un autre moment) d'un acte juridique tel que la reconnaissance d'enfant, la légitimation, l'adoption. Le Tribunal fédéral a eu à connaître la question de savoir à quelle date la nationalité suisse conférée par une adoption prenait effet. Contrairement à la Division fédérale de la police, qui admettait une sorte d'effet rétroactif à la naissance, le Tribunal fédéral a fixé l'effet de l'acquisition de la nationalité au moment de l'adoption (ATF 101 Ib 113).

– le deuxième problème est celui de savoir à quel moment la loi nationale, la loi du domicile, etc., doit être prise en considération pour des actes tels qu'une reconnaissance, une légitimation, une déclaration de paternité. La jurisprudence française avant la loi de 1972 et le projet suisse admettent que, pour favoriser la reconnaissance, etc., tant le moment de la naissance que celui de l'action en justice peuvent entrer en ligne de compte. Le projet suisse dispose à cet effet: «Est déterminant pour l'application de l'article précédent [qui rend, selon les cas, la loi du domicile des parents, la loi de la résidence habituelle de l'enfant, ou la loi nationale, applicable à la filiation] le moment de la naissance. Toutefois, en cas de constatation ou de contestation judiciaire de la filiation, le moment de l'action est déterminant, lorsqu'il résulte des circonstances que la cause a des liens plus étroits avec la loi du domicile, de la résidence habituelle ou de l'origine au moment de l'action ou lorsque l'intérêt de l'enfant exige l'application d'une de ces lois.»

– la question du conflit mobile proprement dit lorsqu'une situation déjà établie passe sous l'empire d'une autre législation. (Voir notamment l'affaire *Chémouni,* Revue critique 1963, p. 559.)

b) (i) La validité au fond du testament doit être soumise à la loi compétente au moment de la mort du testateur; pour la capacité, en revanche, le moment où le testament est rédigé paraît seul déterminant.

(ii) L'adage anglais «the will speaks from the death» a peut-être moins de portée dans les législations continentales. En tout cas, celles-ci n'ont pas de difficultés à admettre qu'un testament ultérieur révoque un testament antérieur.

(iii) Il s'agit là d'une question qui est souvent confondue avec celle du lieu de conclusion d'un contrat à distance. Le problème le plus important paraît être de savoir s'il faut rattacher séparément les questions de l'offre et de la demande, problème qui ne concerne pas notre Commission.

(iv) Il faut distinguer ici le choix de la loi par les parties et le rattachement objectif. Pour le choix de la loi par les parties, il est certainement indiqué, comme le font le projet de la CEE et la jurisprudence suisse, d'admettre également un choix ultérieur. La Convention de La Haye sur la vente est muette à ce sujet. Pour le rat-

tachement objectif, on peut avoir des doutes, même là il me paraît que des circonstances postérieures à la conclusion du contrat peuvent servir à établir quelle est la loi avec laquelle l'espèce présente les liens les plus étroits.

(v) En principe, le moment où l'action est ouverte est déterminant. Cependant, l'on a soutenu que, lorsqu'une personne déplaçait son domicile d'un pays extérieur à la CEE dans un pays de celle-ci, les règles protectrices de la Convention de Bruxelles de 1968 devaient s'appliquer dès ce déplacement (voir dans ce sens *R. Geimer,* Eine neue internationale Zuständigkeitsordnung in Europa, NJW 1976, p. 446).

(vi) La date de la rupture de contrat paraît la plus indiquée.

(c) Des distinctions selon la nature de la propriété pourraient en effet être indiquées.

14. Peut-être le problème des «droits acquis» au sens de *Niederer,* déjà mentionné à propos de la question 2, devrait-il être étudié.

15. Il semble que non, sauf peut-être la question déjà signalée des contrats à distance (*Supra ad* paragraphe 13, b, iii).

Alfred E. von Overbeck

Annex II

The Problem of Time in Private Law
(24th Commission)

Preliminary Exposition

Ronald Graveson

1. Origin of the Commission

In a formal sense the 24th Commission was created by a decision of the Bureau of the Institute of January 1976. In a substantive sense the 24th Commission is the child of the 11th, whose report to the Institute was one of the outstanding features of the Wiesbaden session of August 1975. The 11th Commission itself, established following the session at Nice, had the task of examining 'le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international'. Although the members of the Commission were for the most part authorities in the field of public international law, the expression 'international order' in the title of the task of the Commission was sufficiently wide to transcend that specialisation. Again, although the debates showed a particular and natural concern with the interpretation of treaties and the range in time of customary law, it became clear in the course of meetings that certain topics of particular interest in private international law could not properly be discussed under this first theme. Eventually it fell to Professor von Overbeck and ourselves at the Wiesbaden session to draw attention to this element of incongruity. We expressed our satisfaction that the eminent reporter, M. Sørensen, accepted the limitation of his terms of reference to public international law[1]. The need for separate study of the question of time in relation to private international law which we had been led to discern at Rome and Wiesbaden has been confirmed by our further examination of the question and

[1] *Annuaire,* session de Wiesbaden 1975, vol. 56, p. 351.

would appear to justify the attention that the present Commission is invited to give to it.

Before we venture on this task, however, our first words must be to pay tribute to the work of the 11th Commission, and particularly to its eminent reporter, Professor Max Sørensen, for the whole of their work over several years, which has proved invaluable in focusing, identifying and distinguishing our present problem. The reports of that Commission, indeed, greatly reduced the need for restatement after so short a time of common authorities and, one hopes, removed the need for reiterating argument on those matters that have so recently been fully considered by the Institute. It is gratifying to record that M. Sørensen has agreed to join the present Commission and in this way to establish a personal link between the work of the two bodies.

We also wish at the outset to draw attention to the terms of reference of the 24th Commission, which are 'le problème intertemporel en droit privé'. We make no excuse at this initial stage for mentioning the obvious, namely that this title does not directly refer to private international law, but to the intertemporal problem in private law generally. Nevertheless, the exercise that we are asked to undertake is one within the framework of the Institut de Droit International, and it seems a reasonable deduction from the origin of this proposal that it was to be regarded as the counterpart in private international law of the discussions conducted in the 11th Commission. We would therefore suggest to our confrères that the title should be regarded as referring particularly to private international law, while not excluding relevant references to private law at large. Indeed, a further aspect arises when one recalls that the Institute in its Resolution of Wiesbaden on the Application of Foreign Public Law (the 20th Commission) opened with the words, 'Considering that ideas vary from one legal system to another as to the validity, criteria and effects, and even the existence of the distinction between public and private law . . .'. In fact, we welcome the freedom of these terms of reference to examine relevant matter to the theme of time centred in problems of private international law, though not confined to them. We would not regard the problem of time as confined exclusively to questions of applicable law, but capable of including also relevant questions of jurisdiction. An example of such a question would be the date at which any relevant jurisdiction in a conflict of laws situation should exist. Assuming such jurisdiction exists when proceedings are begun but has been lost by the date when judgment is given, should that judgment be accorded international recognition?

2. 'Le problème intertemporel'

which we are charged to examine is one of that series of ideas, whether concepts or principles, institutions or problems, that either exist in certain systems and not in others or have different meanings and values in the relevant systems. In this case the expression represents a series of factual problems. The term has a fairly clear meaning in civil law systems. The reporter of the 11th Commission, in his *exposé préliminaire,* quoted the following definition of droit intertemporel from the *Dictionnaire de la terminologie du droit international:*

«Terme employé parfois pour désigner les principes de droit permettant de déterminer entre plusieurs règles de droit qui se sont succédé dans le temps celle qui doit être appliquée à un cas donné[2].»

This definition, it is thought, does not cover all possibly relevant situations in private international law. It may be said that there is no exact counterpart of this term in common law systems, and all one can find is a broad appreciation of the existence of a problem and a series of synonyms used to describe it. Indeed, the word *intertemporel* has no English equivalent. The differences in this respect between laws of the civil and common law systems do not arise between a difference of fact but of attitude towards the facts and methods of dealing with them. The question of what we must call intertemporal law has been discussed very widely in Continental writings. The concern of jurists of the civil law is with problems, hypothetical as well as real, capable of arising from legislative texts, situations of fact or a conflict of legal precepts. The literature in the common law, on the other hand, is exceedingly sparse. It consists of two main streams. The first is the inductive and specific treatment of particular problems in relation to cases before the courts, involving such matters as legitimation, succession, the validity of marriage, the jurisdiction of courts, the revocation of wills and the making of contracts; this, as in other respects, is the main authority in the common law. The second source in juristic writings consists of modest treatment in the legal textbooks[3]. Of greater significance are the two or three articles that have been written in

[2] Exposé préliminaire, para. 2, *Annuaire,* session de Rome 1973, vol. 55, p. 51.

[3] Notably Dicey-Morris, *Conflict of Laws,* 9th ed. Ch. 5, based substantially on Morris, *Conflict of Laws,* Ch. 32; the writer's Conflict of Laws, 7th ed., pp. 17–21 and elsewhere under specific topics; Cheshire, *Private International Law,* 9th ed. refers only shortly to this matter at p. 6.

English on this subject, all by lawyers of Continental training[4]. The account of the subject in the works of Dicey-Morris and of Dr. Morris relies heavily on the initial scholarly study by Dr. *F. A. Mann,* though not necessarily agreeing with all his views. Professor *Grodecki* notably takes a contrary view of the law in his article of 1959, while Dr. *Spiro's* article has interesting comment on English cases. The difference of approach may perhaps be expressed by saying that civil law writers are not afraid to discuss a problem even though it may be hypothetical, whereas common law writers avoid hypothetical problems, waiting until a particular case arises, possibly in fear of the danger that one may create unnecessary problems by discovering them. The problem of time in private international law is nevertheless a reality that cannot help but benefit from an investigation from the point of view of both civil and common lawyers, for its principles transcend all legal frontiers. Thus it would appear that the problem is wider than that of *droit intertemporel* as envisaged by the 11th Commission and, because of the flexibility of the common law approach, must be taken as wider than a technical term of the civil law. The variety of theories among civil law writers and the discussion that has taken place in the common law suggest a need to include in our examination some regard to the action of courts in the solution of specific problems and the degree of adequacy in our own times of the various views that have been propounded.

3. It is considered desirable, and some may even think essential, to relate the question of time to the span of human life with which the law has to deal. It thus follows that we should advert to certain broad concepts before coming to consider particular principles of private international law. There is no need for our purpose to embark on a philosophical consideration of the nature and value of time, which for us must accordingly remain neutral. We may be satisfied simply to recognize that time, like space, with which our subject is equally concerned, is a constant, and that our divisions of it, based on the behaviour of the sun and the earth in relation to each other, are both a convenience and a necessity in our small corner of an infinite universe.

To come down to earth in both a literal and philosophical sense, however, our terms of reference present us at the outset with the simple everyday question of 'What time is it?', and where the international date

[4] Dr. *F. A. Mann,* The Time Element in the Conflict of Laws, 31 BYBIL 217 [1954]; Professor *J. K. Grodecki,* Conflicts of Laws in Time, 35 BYBIL [1959] 58; Dr. *E. Spiro,* The Incidence of Time in the Conflict of Laws, 9 I.C.L.Q. 357 [1960].

line becomes relevant, or a different form of calendar, what day, or even what year, is it? We have only to travel to a neighbouring country to experience this problem, and its implications for international transactions that depend on a particular time and date in the modern context of instantaneous communication are self-evident. In this sense too the questions of time and place are closely related, for the answer to the elementary question of 'What time is it?' depends on the relative fact of where the question is being asked.

Although the problem may affect substantially questions of contracts, status or prescription, for example, it is one with minimal moral content. Rather it resembles that of the rule of the road, in which either alternative is equally convenient so long as it is generally accepted. As to the question of date, it is for consideration whether a recommendation would be acceptable that in any such case of conflict of dates the later should be applied, in the absence of contrary intention expressed by the parties. In the case of conflict of time we already have a possible solution in the international recognition of Greenwich Mean Time. Again its acceptance, subject to the expressed contrary intention of parties, might provide a simple and satisfactory solution to this aspect of the problem. Alternatively, the latest of relevant times might be recommended as a practical solution, again subject of course to a contrary expression of the parties' wishes. In this way the same principle could be applied to problems of both date and time.

4. We all understand law as a system of norms concerned with human activity. Law, indeed, has no meaning apart from human life, with its sequence of events as to person, property and acts, from what used to be regarded as the fixed point of birth to the fixed point of death. These changes taking place in the human span of life are relevant to the question of time that we shall have to consider, partly because they are the facts on which rules of law must be based, partly because justice, with which law is principally concerned, is a realisation of human expectations, expectations which themselves are based on the changing values and institutions of society. Within the limits of this lifespan we are faced with the variety of institutions in the whole range of countries with which private international law is concerned. This situation presents us with the dilemma referred to by M. *Sørensen* in his Rapport Provisoire to the 11th Commission[5] of reconciling evolution and security. In the well known

[5] Para. 3, *Annuaire,* Session de Rome 1973, Vol. 55, pp. 2–3.

words of *Roscoe Pound,* 'The law must be stable and yet it cannot stand still'. Though M. *Sørensen* rightly affirms 'que la fonction du principe de la sécurité juridique est en somme de protéger contre l'injustice'[6], justice consists no less in keeping law and its administrations in step with evolution. To some extent a resolution of the dilemma lies in devising principles relating to time which are at a sufficiently high level of abstraction to allow of their general application, but sufficiently realistic and practical to enable them to solve particular problems that courts and lawyers are likely to meet. In the search for these principles we shall need general guidelines for the achievement of a just solution in terms of time and place wherever the issue involves more than the establishment of a simple rule of convenience. Accordingly it is for consideration whether we should not accept the following principles:

(a) a recognition of the important factor of the mutability of life as affected by the greatly increased movement of people and things;

(b) a recognition of the importance of the desires and expectations of the individual;

(c) a preference for a positive to a negative solution where the alternatives are of approximately equal weight, in accordance with the ancient principle *ut res magis valeat quam pereat;*

(d) the desirability of maximum uniformity of rules of private international law among the world's legal systems. In this sense we may recall for evaluation the widely held theory that the effect of time in private international law should be the same as in the relevant and applicable internal law on the same matter[7], a principle, or at least a practice, deducible from German and Italian case law although it is considered not fully consistent with the common law approach. Yet even in the application of such an unprovocative principle one may hesitate to accept irrational consequences, possibly beyond the protective arm of public policy. One such consequence would be the reference of the validity of an act – for example, the question of capacity in the making of a will – to a presently unknown state of law, only ascertainable at a future and possibly remote date, in this case that of the testator's death. Does such a consequence detract irretrievably from the value of the principle, or should it be preserved with appropriate safeguards? Again, can we accept without question consequences of the principle such as the retrospective abolition of valid marriages as decreed by Franco in 1937 for Spanish Catholics mar-

[6] *Id.,* para. 2, p. 2.

[7] *Batiffol,* I, 399, 403, 404.

ried in civil form[8]? Is this not the sort of case in which, helped if necessary by the public policy in favour of marriage, the principle of a positive solution should prevail over the automatic acceptance of local law?

5. The discipline of private international law has developed from a small number of general principles, and we find it helpful to return to those principles to see whether they provide a useful new starting point. One of the most ancient and fundamental of them is that of *locus regit actum,* a principle that conceals difficulties of classification but that nevertheless remains essentially simple, useful and intelligible. This principle has always been concerned with the question of the place where any particular act has been done. But in its concept, its history and its interpretation it has contained much more. It is suggested that it has always carried the implication that the law of the place which governs the validity of the act is that law as it existed at the time the act was done, so that one could properly add the principle *tempus regit actum* to that of *locus regit actum.* This would give us a starting point which has the authority of the analogy of an ancient principle and which may well be thought able to take account of the changes that affect every human being in the course of his life. Yet this generalisation conceals a problem we shall have to consider, which is in the nature of a conflict between the application of the law as it stands at the time of any event and the need to permit the law which governs the human being to change with the changes in his condition as he grows older and undergoes variations in his personal status. It would be attractive and convenient if we were able to identify certain conditions or legal acts as fixed once and for all, while others are subject to variations; in other words, if we could speak of the statics and dynamics of law. There are, however, few fixed points and the problem will need examination. For example, the age of a person may be reckoned from the date of conception as well as the date of birth, depending on the relevant legal system. The application of law to events taking place before a person's birth, such as pre-natal injury through such drugs as thalidomide, complicates the question. At the other extreme of this span of life there is a consciousness that the time of death is relative to the purpose for which one is asking the question, so that one is almost driven to ask what part of the body is in question when one speaks of its death. Is it the brain or the heart, since even for legal purposes there is no longer a simultaneous end of life throughout the whole body? Perhaps these doubts are refinements

[8] Discussed by *Batiffol,* Conflits Mobiles et Droit Transitoire, (Mélanges Paul Roubier) in Choix d'Articles (1976), p. 194.

that one should not take into account too seriously and it may be possible to suggest that in the essential events of human life, namely birth and death, the personal law at the respective date should remain unchangeable, whereas in other non-essential events, in the sense of events that need not necessarily happen, such as marriage, a principle of mutation might be considered to apply. This is a possible distinction, but it is not one that necessarily justifies a difference of treatment for the purpose of the time factor. It is dangerous and sometimes delusive to assume that every distinction, however valid, should (or indeed should not) necessarily have legal consequences.

6. Yet one valid distinction with important legal consequences for our purpose we owe to Professor *Paul Roubier,* whom Professor *Batiffol* properly salutes as 'L'illustre Maître du droit transitoire'. That is the distinction between the law governing the creation of a legal situation and the law governing its substance[9]. Our concern is particularly with legal situations of a continuous nature, such as marriage, the formation and conduct of associations, the creation and execution of long-term contracts. At least in the common law some of us have tended to assume without much consideration that the law governing the creation of a state of affairs was necessarily the only law applicable to its substance throughout its duration. The courts have now compelled us to adjust this simplistic view in recognizing, for example, both the initial validity of polygamous marriages and their subsequent change to a monogamous character, through a change of personal law of the parties[10]. Similarly the dissolubility of marriage is a matter of contemporaneous relevant law, not the earlier law under which the marriage was created. From the law of obligations further instances may be drawn[11], such as the relevance to the determination of the proper law of a contract of events taking place after it was made.

This distinction, developed by Professor *Roubier* from the basic principle of the non-retroactivity of laws, may be regarded as offering a possible solution to the time problem in the application of law to a continuous but mobile institution. An approach to the same problem from a different direction, that of classification, may suggest a similar solution. For the

[9] *Roubier,* Les conflits de lois dans le temps en droit international privé, Revue de Droit International Privé (1931) 38; Le Droit Transitoire (2nd ed.) 1960.

[10] *Ali v. Ali* [1968] P. 564; Conflict of Laws (7th ed.) 246–250.

[11] *Batiffol,* Conflits de Lois dans l'Espace et Conflits de Lois dans le Temps, Choix d'Articles, (1976), pp. 181–182.

general principle of classification of institutions and concepts by the *lex fori,* effectively established by *Kahn* and *Bartin,* may be regarded as a theory of contemporary evaluation in time as well as space, just as the principle *locus regit actum,* implies that parallel of place in terms of time.

7. As an example of a distinction that is valid in fact but possibly irrelevant in law we may consider two variations in opposite directions from the basic principle that law applies to events contemporaneous with it.

(a) What legal effect is to be given to events which, at the time of happening, were not relevant to the operation of a rule of law, which we might call 'pre-legal' facts? In strict logic they should be disregarded: in real life the English courts have taken them into account, as two examples will show. Until 1974 a married woman had no capacity by English law to acquire a domicile of choice independently of her husband. Furthermore, the acquisition of a domicile of choice requires both residence and the intention to remain. These principles may be read in the light of two cases: *Re Cooke's Trusts*[12] and *Re Scullard*[13].

In the earlier of these cases a testatrix, having a domicile of origin in England, had first married a domiciled Frenchman and then separated from him. Later, believing her husband to be dead, she went through a form of marriage with an Englishman, with whom she settled in New South Wales. Unknown to her, her French husband died only in 1877, and she herself died in 1879.

The court held that her domicile at the date of her death was New South Wales and that no new act on her part was required in order to reiterate, after her husband's death, the intention she had already formed during his lifetime to make her home with the Englishman in New South Wales. This decision was followed in *Re Scullard* in which the following facts occurred:

The testatrix married in 1893 a man who was at all relevant times domiciled in England and who died in 1955. The wife left her husband in 1908 and in 1946 settled in Guernsey, expressing the intention to remain there for the rest of her life. She died in Guernsey shortly after her husband's death (of which she was unaware) and between the date of his death and her own made no declaration or other specific act relating to her domicile in Guernsey.

It was held that no new act on her part was required to indicate her intention, which was already obvious, and that accordingly she died domi-

[12] (1887) 56 L. T. 737.
[13] [1957] Ch. 107.

ciled in Guernsey. This situation is distinguishable from the reckoning of time towards a change of status, e. g. the attainment of majority. As an example dealing with jurisdiction we may mention *Travers v. Holley*[14], in which the Court of Appeal decided to recognize foreign decrees of divorce based on a similar ground of jurisdiction to that exercised by English courts. In *Indyka v. Indyka*[15] one question was whether the English court would recognize a Czech divorce decree pronounced before a corresponding English basis of jurisdiction had been introduced by legislation. Logically the Court of first instance said no, but the Court of Appeal and the House of Lords, reversing that decision, supported retrospective recognition of equivalent facts, a positive conclusion. This prospective operation of the factual basis of a rule of law is the analogous counterpart of retrospective legislation of which examples are numerous. In either case the change in law may have positive or negative results.

(b) Some instances of the retrospective operation of law, i. e. the application of later law to change the established legal consequences of previous facts are:

In *Nelson v. Bridport*[16] an English will of land in Sicily created a valid trust which later became invalid through a retrospective change of the *lex situs*. The English court recognized this consequence of the change of Sicilian law.

In *Phillips v. Eyre*[17] the English court recognized a foreign act of indemnity legalizing retrospectively a civil assault on the plaintiff in English proceedings.

On the other hand the court refused to recognize retrospective legislation in *Lynch v. Provisional Government of Paraguay*[18], in which that government purported to confiscate retrospectively property in England left by will by a former President of Paraguay. Again, in *Adams v. National Bank of Greece S. A.*[19] the House of Lords refused to give effect to a Greek statute retrospectively relieving a Greek Bank from liability to pay interest on bonds, of which obligation the proper law was English.

This recital of bare facts is inadequate without a statement of the reasoning of the courts, consideration of which is necessarily excluded in

[14] [1953] P. 246.
[15] [1969] 1 A. C. 33.
[16] (1846) 8 Beav. 547.
[17] (1870) L. R. 6 Q. B. 1.
[18] (1871) L. R. 1 P. & M. 286.
[19] [1961] A. C. 255.

this preliminary exposition. We must resort to the summarised conclusion that there is thus no settled practice either in favour of or against foreign retrospective legislation. Perhaps the most illuminating statement of principle is to be found in speeches in the House of Lords in *Starkowski v. Attorney-General*[20]. The facts are as follows:

In May 1945 Henryka and Richard, domiciled Polish nationals of Roman Catholic faith, went through a religious ceremony of marriage in Austria at a time when only civil marriage was permissible. In June 1945 an order of the Austrian Provisional Government validated such ceremonies retrospectively provided the marriage was subsequently registered with the appropriate registrar. Without taking this step Henryka and Richard became domiciled in England, but separated in 1947. In 1950 Henryka, declaring that she was unmarried, went through a civil ceremony of marriage in England with Michael. In 1949 the religious ceremony of 1945 was registered without Henryka's knowledge in accordance with the Austrian decree of that year. Henryka was the mother of a child of each of the two unions.

Facing the question of which of the two ceremonies of marriage (with consequential determination of the status of a child) should be held valid, Lord *Reid* expressed the principle of decision in these words[21]:

'To my mind the best way of approaching this question is to consider the consequences of a decision in either sense. The circumstances are such that no decision can avoid creating some possible hard cases, but if a decision in one sense will on the whole lead to much more just and reasonable results, that appears to me to be a strong argument in its favour.'

And he decided on 'the balance of justice and convenience'[22]. Although the House of Lords gave effect to the retrospective Austrian legislation and upheld the first as against the second marriage, they were not prepared to commit themselves to a similar decision in the event of the second marriage having taken place before the registration of the first one or the enactment of the retrospective legislation.

8. Before referring further to problems exclusively in private international law we should consider certain more general matters that also affect the substance of rules of private international law. One is the declaratory theory of precedent in the common law and the other is the interpre-

[20] [1954] A. C. 155; see also *Pilinski v. Pilinska* [1955] 1 W. L. R. 329.

[21] [1954] A. C. 155, at p. 170.

[22] [1954] A. C. 155, at p. 172. Compare the decisions in *de Wrède,* Civ. 9, Mai 1900, S. 1901.1.185; *Ghattas,* Civ. 25 Feb. 1947 and *Chemouni,* Civ. 28 janv. 1958, discussed by *Batiffol,* Conflits Mobiles et Droit Transitoire, Choix d'Articles, (1976), and *Chappelle v. Chappelle* [1950] P. 134, discussed in Conflict of Laws (7th ed. 334–335).

tation of legislation. Both are aspects of the retrospective operation of law and both are well-known problems.

The declaratory theory of precedent, which derives from the common law, has little basis in fact but it has served from time to time as a useful legal fiction. The theory is that the common law is complete. Some of it has been expounded and some of it has not yet been expounded, simply because the occasion has not arisen in the courts to give the judges the opportunity of saying what the common law is. Accordingly, when a case of first impression arises and the judge, in making the rule to decide the case is, in fact, exercising a creative and legislative function, all he is doing in theory is to declare for the first time a rule that has always been there since the common law began.

It is not suggested that the declaratory theory of precedent as such should be taken very seriously, since it is largely a fiction and so recognised even in the common law. However, what is more important, not only in the common law but in civil law systems also, where relevant, is the effect on the law of the overruling or reversal on appeal of a judicial decision. The effect in the common law is to change the earlier ruling retrospectively, except as to matters which are already *res judicatae,* or (for a technical reason of English law) deal with accounts that have been settled in the meantime. We must consider whether we are content to continue to live in this atmosphere of constant uncertainty in that the law, if made by judges, is liable to be changed retrospectively if their decisions are overruled, and to consider whether there is any way in which this problem can be solved. Is this question, though directly relevant to our theme, also of such general application as to qualify for exclusion on that account? Or is the doctrine of sufficiently special importance to be taken into account as a factor in considering the effect of a judicial decision in matters of private international law?

9. The problem of time in relation to legislation is much simpler. Normally a legislative act comes into operation on a specified date, either prescribed in the act itself or established by general law in relation to some other event, such as the publication of the statute. Difficulties arise, however, in two particular ways, first in the effect to be given to legislative provisions that are intended to operate retrospectively. The matter was considered by the 11th Commission, and as Dr. *Mann* pointed out in his study, retrospective operation has from Roman times been regarded as abnormal and generally undesirable. The modern view on this matter, deducible from cases we have cited, seems to be more liberal in that re-

trospective legislation is not in principle unacceptable, but only if it seeks to create a negative rather than a positive result, for example to impose penalties and create liability for acts that were innocent when they were committed, or to invalidate transactions that were perfectly valid when done.

The second aspect of time relating to this matter is concerned with the meaning of legislation. Does one look to the commentaries of the first decade of the nineteenth century to ascertain the meaning of Article 14 of the Code Civil, or does one take into account the case law and the commentaries which have been based on it in the last 170 years? This is a question to which the 11th Commission adverted. It may well be that the solution is realistic though illogical, that the meaning of legislation should not be its original meaning, purely and simply, but its original meaning as qualified by all the subsequent consideration that has been given to it since the enactment of the provision. Perhaps the most famous example of this situation is to be found in the United States Constitution, which not only survives but flourishes after two centuries of interpretation, and, we venture to think, largely because of that progressive interpretation. It is suggested that an up-to-date interpretation of legislation is the only practical basis for a solution of the time problem in this matter.

10. A somewhat different dimension of the same problem arises in the interpretation of legislation designed to implement international conventions for the unification of private international law, notably those of the Hague Conference. Only through uniform judicial interpretation can uniformity of private international law be achieved (which is the purpose of the Hague Conference), and in this process a uniform treatment of the time problem is necessary. Over the past fifteen years Hague Conventions have shown increasing awareness of the need for specific textual solution of time problems, of which the Conventions on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions of 1960 and the Recognition of Divorces and Legal Separations of 1970 are familiar examples. For this reason it may be thought insufficient merely to propose automatic acceptance of the solution of the *lex fori* or applicable law.

But these Conventions not only point to the need for uniform interpretation in respect of time: they led to a legislative solution to the time problem in terms of a positive result. The United Kingdom Wills Act 1963, which gave effect to the Hague Convention of 1960, supplemented the conventional provisions of Article 1 permitting the choice of times of making the will or death of the testator where reliance is placed on the

law of his nationality, domicile or habitual residence, but not otherwise, i. e. cases of so-called *conflits mobiles*. The Wills Act 1963, s. 6(3) allows reference to a subsequent validating law in cases of reliance on the law of the place of making the will or the *lex situs* in the case of immoveables, when either of those systems at that date would invalidate the will as to form[23], i. e. it deals similarly with the situation of *droit transitoire,* but only when the subsequent legislation would have a beneficial effect.

11. The problem of time has most frequently presented itself to the English courts in terms of the construction of statutes. A considerable amount of case law was developed by the courts and embodied in the Interpretation Act 1889, although certain basic common law concepts remain, such as the presumption against retrospective operation of statutes except where they deal with procedural matters. A familiar statement of the law on this matter was the judgment of Mr. *Justice Wright* in *Re Athlumney*[24] when he said:

> 'Perhaps no rule of construction is more firmly established than this – that a retrospective operation is not to be given to a statute so as to impair an existing right or obligation, otherwise than as regards matter of procedure, unless that effect cannot be avoided without doing violence to the language of the enactment.'

The kind of problem presented in this area of law is the effect to be given when statute A is repealed by statute B, which in its turn is repealed by statute C; does the enactment of statute C automatically revive statute A? At common law this was the effect of the repeal of a repealing statute, but it has been changed by the Interpretation Act 1889[25], unless this effect of revival is expressly retained. The complexity in terms of time in such an operation needs no emphasis[26]. A further instance of the subtlety of this branch of law in respect of time is that a repealed statute in English law, as in many systems, remains valid and applicable to matters which arose before the date of its repeal[27]. Since the common law approach to the time problem in legislation has been along the path of statutory interpretation whether or not the issue was one of private international law, the general rules thus judicially established are considered relevant to our theme.

[23] Conflict of Laws (7th ed.) 491–492.

[24] [1898] 2 Q. B. 551.

[25] S. 11 (1).

[26] See generally *Maxwell,* Interpretation of Statutes, 12th ed. (1969), pp. 19, 215–216.

[27] Interpretation Act 1889, s. 38.

12. Continental writing[28] on this subject distinguishes two situations of conflict in time. The first is where two or more systems are properly regarded as entitled to control a legal situation successively, each in its own way. The question then is which should prevail, and notably should the later system recognise the competence of the earlier and give way to it? In these cases one has to consider whether there is an implication of the temporal limit of competence in a system, that is a competence limited by the fact that the relation later becomes subject to a new system. The second manifestation of the problem is where only one system is involved, but the system itself changes its relevant rules of conflict of laws. A very notable instance of this type of change was that in French law in 1804 from domicile to nationality as the basis of the personal law. In the first method the change may come about through action on the part of the individual; for example, through a change of nationality or domicile from country A to country B, or the removal of goods from A to B. In the second example the change is one of general law, independent of the wish of the individual, who remains always subject to the same system. Yet while this distinction is discernible, perhaps it does not have great importance, since the problem remains the same in either case, namely, whether the earlier law gives way to the later law in respect of the same matter. Perhaps it is for this reason that the expressions '*conflit mobile*' and '*le droit transitoire des règles de conflits de lois*' or their counterparts are almost unknown in the common law[29]. The main difference between the two situations, as Professor *Batiffol* points out[30], is that only in the '*droit transitoire*' can the legislator affect the position by retrospective legislation, particularly in modifying succession, a result which would not apply in '*conflit mobile*' except through the use of devices such as public policy. Furthermore, as will have appeared, various aspects of the problem of time may arise which are not covered by either '*droit transitoire*' or '*conflit mobile*' in what is understood as their technical sense.

13. Apart from the occasions in general law, some examples of which we have mentioned, it may be useful to have in mind the most frequent instances in which the problem of time arises, in order to appreciate better whether it is possible to cover all the examples by a number of general

[28] The writer wishes to acknowledge his particular indebtedness to Professor *Batiffol*'s Droit International Privé, 6th ed. 1974–76 and other writings.

[29] As may have appeared to the eminent Reporter of the Hague Convention of 1960 on the Conflict of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions.

[30] Droit International Privé, 6th ed. Vol. 1, p. 404.

principles or whether some, if not all, of them will require special and individual treatment.

(a) *Persons*

(i) legitimation with retrospective effect to the date of birth or some later event, such as the marriage of parents;

(ii) mutation of marriage from polygamous to monogamous or vice versa following a change of relevant personal law;

(iii) divorce of marriages, initially indissoluble, through change of personal law;

(b) *Acts*

(i) those aspects of a will governed by the appropriate law at the date of the testator's death, e. g. essential validity, perhaps capacity;

(ii) the possibility of a uniform law relating to the time of application of law to the revocation of a will (a) by physical destruction, or by some personal change of status, e. g. marriage; (b) by a revocation clause in a subsequent will taking effect on death. This situation involves the subsidiary logical problem of the simultaneous coming into effect at the death of the testator of the second will and the revocation of the first;

(iii) the time of making an international contract by other than instantaneous communication, e. g. by post;

(iv) the reference to subsequent facts in the determination of the proper law of a contract. In two recent decisions[31] the House of Lords has held that subsequent events cannot be taken into account in the ascertainment of the proper law of a contract. On the other hand the E. E. C. preliminary draft Convention on the Law Applicable to Contractual and non-Contractual Obligations, reflecting the law of some Member States, by Article 3 allows the parties to choose the applicable law at any time and to vary the choice when made;

(v) the choice of date (e. g. institution of proceedings or date of judgment?) for founding the jurisdiction of courts;

(vi) the choice of date (breach of contract or date of judgment?) in case of breach of contract, and generally in cases involving conversion of currency.

(c) *Things*

Conflict of successive titles acquired to moveable property in different systems: whether the same rule should apply to moveable property of

[31] *James Miller and Partners v. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd.* [1970] A. C. 583; *Compagnie d'Armement Maritimė S.A. v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A.* [1971] A. C. 572; Conflict of Laws (7th ed.), 430–431.

all kinds. It is suggested, for example, that property rights must reflect the nature of property, including the mobility of moveable property.

14. Finally we may note that English writers, though differing slightly in their categories of circumstances in which the problem of time arises[32], fail to include all relevant situations. But they are generally agreed on the impossibility of establishing an invariable rule beyond that of the duty of the court to be guided by justice and convenience. It is a conclusion vindicated by the House of Lords in *Starkowski v. Attorney-General* and central to the theory of justice in this subject.

London, June 30th, 1976

[32] cf. *Grodecki, op. cit.* (2 situations); *Morris, op. cit.* (3 situations).

Questionnaire

1. Do you agree that the problem of time in private law, and notably in private international law, contains aspects which justify its special treatment by the 24th Commission?

2. Do you regard '*le problème intertemporel en droit privé*' as

(a) limited to the scope of the theories of *droit transitoire* and *conflits mobiles;*

(b) limited to private international law;

(c) including all questions of the choice of alternative times in matters of private international law and jurisdiction?

(Paras. 1–2)

3. Do you agree that we should recommend a principle on the determination of time and date in private international transactions?

If so, what solution(s) would you suggest?

(Para. 3)

4. Do you agree that we should base our recommendations on the general principles suggested in paras 4 and 14?

If not, would you care to suggest alternative principles?

5. Do you consider that we should accept the principle that the effect of time in private international law should be the same as in the relevant and applicable internal law in the same matter?

If not, what alternative principle would you prefer?

(Para. 4)

6. Do you accept the principle of the application of law contemporaneous with the event as the basic rule?

(Para. 5)

7. Do you accept the possible need to distinguish (as to time) between the law governing the creation of an institution and that governing its substance?

(Para. 6)

8. Is any distinction necessary for our purpose between giving legal effect to pre-legal facts and retrospective legal change of established legal consequences of previous facts?

If so, on what principle should it be made?

(Para. 7)

9. Should we consider the legal effect in cases of private international law of a judicial decision being overruled or reversed by a higher court?

(Para. 8)

10. Should we consider the legal effect in cases of private international law of the following aspects of legislation:

(a) provisions intended to operate retrospectively;

(b) of what date should the meaning of legislation be taken?

(Para. 9)

11. Should we consider the problem of uniform interpretation of questions of time in international conventions dealing with private international law?

(Para. 10)

12. Do you accept the distinction between *droit transitoire* and *conflits mobiles* as sufficiently important for our purpose as to require separate and different proposals?

(Para. 12)

13. Are there any particular instances of the time problem that you regard as requiring special treatment? If so, what are they and how should they be treated?

(Para. 13)

14. Are there any other matters that have not been mentioned which in your view should be included in our survey?

If so, please state them.

15. Are there any matters mentioned in this preliminary exposition that should be omitted from further consideration?

If so, please state them.

The Problem of Applicable Time in Private International Law

[The Intertemporal Problem in Private International Law]
(24th Commission)

Definitive Report and Revised Draft Resolution

Ronald Graveson

This second Report, which we hopefully describe as definitive, is in the nature of a supplement to our Provisional Report and Draft Resolution, and accordingly should be read with them. That Report and Draft Resolution, together with the replies of Members of the 24th Commission to our Questionnaire, were distributed to our Confrères in July 1977. We hoped that Members of our Commission would give us the benefit of their observations on the Draft Resolution, and following a reminder from our Secretary-General in February 1978, we were enabled to redraft our proposed Resolution in the light of comments we subsequently received. Once more we express our warmest appreciation to our Confrères for the careful thought they have given to this matter. Their observations have been stimulating and most useful. Wherever possible their suggestions and amendments have been embodied in the revised Draft Resolution, in their own words or in paraphrase or, where possible, in a new arrangement of matter. And we take this opportunity of welcoming Professor Valladão and Mr. van Hoogstraten as new members of the 24th Commission. Their contributions to our discussions will be most valuable.

We hope that the present further consideration of a difficult problem may serve both to diminish our loss in being unable to meet as a Commission in Norway in 1977 and to reduce the area of difference when we come together in Athens in 1979. The points of slight divergence that have appeared at the present stage of reporting are, of course, not only between the Reporter and his Confrères, but among members of the 24th Commission themselves. In the nature of things not every wish can be satisfied, but we have sought to offer a compromise of maximum agreement.

The observations of our Confrères, set out in the Annex, fall conveniently into the two groups of general and particular.

Part I

General Observations

1. In our Provisional Report we referred (pp. 20–21) to the difference between public and private international law which is relevant to our present task. As appears from his observations, Professor *Kahn-Freund* finds this difference of fundamental importance. One consequence of having to deal with many 'national' systems of private international law instead of a single system of public international law is the difficulty of generalizing this multiform pattern realistically into universally acceptable doctrine or theory, and the associated logical difficulty of separating the substance of specific systems of private international law from the composite theories founded upon them. For these and other reasons, just as doctrine transcends in scope the present state of some legal systems, so it falls short of that of others. Quite apart from systems of countries of the so-called Third World, classical doctrine on *droit intertemporel* is more highly developed in the area of applicable law than in the private international law of common law systems, while on the other hand it takes less account of problems of time in matters of jurisdiction and the enforcement of foreign judgments than a common lawyer might expect to find. For these reasons we have regarded doctrine as a valuable guide, but neither universally valid nor necessarily complete. We hope that the work of the 24th Commission will assist in its development.

2. Linked with this question is that of whether our approach should be on the lines of classical doctrine, which is generally the approach of the civil law writers, or on broader lines of a search for what appears to the Commission as the best solution to the various problems that exist. To some extent the difference of approach overlaps that between civil and common law systems, for the latter have dealt with problems of time empirically, as we have seen. The views of our Confrères span the whole spectrum, from the adherence of Professor *Valladão* to classical doctrine, to those whose common law background suggests an approach that would cover, for example, jurisdiction of courts.

Professor *Valladão* is concerned about the scope of our inquiry, doubts whether it could be effectively undertaken, and within the frame-

work of classical doctrine would prefer to confine the work of the 24th Commission to two questions, expounded in his work on Private International Law, Vol. I 4, Chapter XXX;

a) conflicts in time of the rules of private international law adopted in a particular country *(droit intertemporel international):* and

b) conflicts in space of rules of intertemporal law of the *lex fori* and *lex causae (droit international intertemporel).*

Our Confrère would be willing to include in the work of the Commission the further problem

c) of conflicts in time consequent on changes in the connecting factor, the so-called *conflits mobiles.*

These are problems at the heart of our work, and it is in considering them that connected problems have appeared that seem to fall within our terms of reference. We have taken most serious account of the views of our eminent Confrère, and believe that he will find in the revised Draft Resolution most if not all of the matters that he desires us to study. Para. 2 (f) is specifically based on Professor *Valladão*'s suggestion.

It would give a false impression to suggest that only those members of the 24th Commission with a formation in the common law take what we describe as the broader view. It is the approach favoured by a clear majority of our Confrères.

A minor factor in this connection relates to the choice of title of our enquiry. We considered this matter in our Preliminary Exposition (pp. 57–59), where we referred to the non-existence of a literal English translation of '*intertemporel*'. While fully accepting the French title of 'Le problème intertemporel en droit international privé', we have sought to find an English formulation to which the French would correspond. Professor *Valladão* expressed reservations about our suggested title of 'The Problem of Choice of Time in Private International Law'. The name was a reflection of our proposal of 'Choice of Court' as the English equivalent of 'Le For Contractuel' in the Hague Convention on this topic. This form of words seemed to us to belong to a common category of thought in private international law which comprised also the familiar concepts of choice of law and choice of jurisdiction. Nevertheless, we should be content to abandon the term in favour of the synonymous alternative of 'The Problem of Applicable Time in Private International Law', or even to invent and employ the word 'Intertemporal' (so far undefined in English) as an exact equivalent of the French title in a further alternative formulation. In extending our consideration beyond the basic problems of classi-

cal doctrine we are not only conscious of the limitations at present existing in systems of both the civil and the common law, factors also in the minds of our Confrères Professors *De Nova* and *von Overbeck,* but like our Confrère, Professor *Gannagé,* we recognize the relevance of other world systems whose existence may be thought to strengthen the case for our wider consideration of the matter.

3. The observations of several of our Confrères indicated some support for a less statutory and hence less dogmatic form of drafting of our Resolution. This view appears, for example, in the comments of Professors *Reese* and *von Overbeck.* Without going to the length of changing our proposed rules into mere presumptions, we have taken account of these views wherever possible in the amended Draft Resolution.

4. Three of our Confrères, Professors *De Nova, Kahn-Freund* and *von Overbeck,* submitted independently complete or partial re-drafts of our Resolution. Each of these proposals (which differed amongst themselves) contained helpful suggestions which we have sought to adopt. None of them involved great differences of substance beyond the omissions of original provisions (details of which appear in the following section) and the division of the proposals into the two traditional categories of Resolution and Wishes.

5. Professor *Reese* made the interesting suggestion of adding explanatory notes to each provision of the Resolution. His reasons are set out in his letter in the Annex. The example of the American Law Institute's Restatement (2d) of Conflict of Laws, of which Professor Reese is the distinguished Reporter, springs to mind. While we share the opinion of our Confrère on the usefulness of this proposal, we ask whether the Preliminary Exposition and the Reports on any particular matter do not satisfy this need. We have taken no action at this stage, since we believe that the Institute would first wish to consider the principle involved.

Part II

Particular Observations on the Draft Resolution and Comments on the Revised Draft Resolution

Title: Comment on the alternative titles has been noted above.

Preamble: Without change of substance the Preamble has been redrafted into a more acceptable grammatical form. Professors *Reese* and *Kahn-Freund* questioned the need to refer to conflict of laws or rules of

jurisdiction in the Preamble and elsewhere in addition to private international law. The separate terms were used because private international law and the conflict of laws, though synonymous in English legal terminology, are not so in certain other systems. This is a question of definition, and on the understanding that private international law shall include conflict of laws and rules of jurisdiction for the purpose of this Resolution, we are content to use only that term.

The substantive provisions have been divided into two parts, containing respectively Rules and Suggestions or Wishes.

Para. 1(a) The opening phrase 'Unless otherwise indicated' has been replaced by 'Subject to the following provisions' as being more precise. Professor *Reese* suggested the alternative form of para.1(a) as easier to read than our formulation. We note that it is also less imperative in tone, and does not refer specifically to norms of jurisdiction as Professor Reese suggests that they are included in 'norms of law'.

Para. 1(b) This formulation has been made more flexible by the omission of the concluding phrase 'consistently with the principle of *tempus regit actum*'.

Para. 2. The revised introductory wording of para. 1(a) renders unnecessary the introductory wording of para. 2, namely 'To the extent that they constitute exceptions to para. 1 of this Resolution the following provisions shall apply': and it is accordingly omitted.

Para. 2(a) The addition in brackets is based on the suggestion of Professor *von Overbeck* to avoid automatic application of the *lex causae* in circumstances in which the parties have no further link with that system.

Para. 2(b) The addition in brackets is based on the further suggestion of Professor *von Overbeck*. It raises a more general point than the specific case to which it is attached. It is reflected in the draft proposed by Professor *De Nova,* which includes provision for the inadequacies of the designated legal systems. All the provisions in our draft Resolution are based on the supposition that they correspond to appropriate rules of substance in the systems referred to. But we know the falsity of this supposition in some cases, including common law systems, to look no further. This is not a discouragement to proposing Resolutions, but the reverse, for their provisions should encourage the development of corresponding rules of substantive private international law. Doctrine is not a dreamland divorced from reality. The links between the two are in constant evolution and closer than many would admit. The practical question is whether the proposals of Professor *De Nova* and Professor *von Overbeck* should be-

come of general application to the entire Resolution, or whether as part of the common understanding of this discipline they may safely be omitted altogether. The question is more general than the subject-matter of the present inquiry.

Para. 2(c)(i) The original draft has been modified by substitution of the present text for the earlier formulation 'by adherence to the situation existing at the institution of such proceedings'. The change achieves the original purpose of preserving an existing jurisdiction without depriving a court of the possibility of later acquiring jurisdiction, a concern expressed by Professor *von Overbeck* and indirectly in the observations of Professor *Kahn-Freund.*

Para. 2(c)(ii) This is a new provision, the need for which was implicit in our Provisional Report and reiterated by our Confrères, Professors *De Nova* and *Kahn-Freund.*

Para. 2(c)(iii) (the former 2[c][ii]). Although this is a residual category (following the specific provisions of paras. 2[c][i] and [ii] dealing respectively with the jurisdiction of courts and the recognition and enforcement of foreign judgments), it is nevertheless a category of great importance, for it designates the legal system to determine the temporal consequences of change in the connecting factor governing the applicable law. The traditional and classical solution, to which several Confrères drew our attention, is the *lex fori.* (Again, *pace* Professors *De Nova* and *von Overbeck,* we must assume that the *lex fori* can cope with the problem.) But the reference to the *lex fori* seemed to some of us slightly inappropriate as being a formal solution to a substantive problem, and we sought accordingly for a more substantive solution. Hence came our proposal in the original draft Resolution of reference in such cases to the substantive proper law of the transaction, objectively ascertained. In two respects this formulation has been amended: first, by linking the ascertainment of the proper law with the *lex fori* (a development of the traditional principle which preserves the substantive character of the solution): secondly, by making precise the time as of which the proper law is to be ascertained, namely, at the time of change in the connecting factor. Of alternative possible times, this seemed to us the most satisfactory.

Two alternative formulations have been proposed, both intended to cover the provisions of para. 2(c)(i) and (iii), (the present para. 2[c][ii] not being part of the original draft Resolution).

Paras. [2(c)(i) and (iii). *Alternative A:* 'by the *lex fori*',] proposed by Professors *Cansacchi, De Nova, Rigaux* and *von Overbeck. Alternative*

B: 'by the *lex fori,* if that is one of the systems in conflict: otherwise by the more recent rule of foreign law'] proposed by Professor *Valladão.*

Para. 2(c)(iv). This new provision, based on a proposal of Professor *De Nova,* is in the nature of a corollary to para. 1(a), and fills a gap in the total economy of the Resolution.

Para. 2(d) This provision has been redrafted to clarify the different scope of its application from that of para. 2(c)(iii) which applies to the connecting factor. Like para. 2(c)(iv), the purpose of this provision is to help to complete the rational structure of the Resolution.

Para. 2(e) The problem of temporal consequences of retrospective legal provisions has occupied much thought. It is a universal problem for which no simple universal solution is possible, for the solution needs to be related to the purpose for which retrospective operation is used. The matter has been discussed in our Preliminary Exposition and formed the basis of para. 2(e) of our original Draft Resolution.

The observations of our Confrères on this proposal with one exception favoured its retention in principle, but two suggestions were made: first, that it was expressed in too positive a form. This criticism has been met by a change of mood in the redraft. The second comment, made by Professor *von Overbeck,* was that the matter was more suitable for presentation in the form of a wish or suggestion, emphasizing the need to protect acquired rights and status and to validate rather than invalidate transactions completed before the date of the retrospective law. This useful thought has been implemented by including an alternative text as a wish in Part II, para. 1.

Para. 2(f) deals with the eventual conflict in space of divergent intertemporal rules of *lex fori* and *lex causae.*

Para. 3(a) of the original draft, recommending the inclusion of provisions relating to time in any instrument of private international law in which they would be relevant, has at the suggestion of several Confrères (with whom we agree) been transposed to Part II as suggestion 2.

The original para. 3(b), while valid as part of para. 3 of the draft Resolution, is in terms inappropriate as part of a wish and has accordingly been deleted.

Para. 4 of the original draft Resolution reproduced almost *verbatim* para. 2 of Resolution I of the Wiesbaden Session (set out, with the text of paras. 1 and 6, at pp. 21–22 of our Provisional Report). While the 24th Commission accepted paras. 1 and 6 of that Resolution, it has felt unable to include in the revised draft the detailed rules of para. 2 of the Wiesba-

den Resolution I. Professor *De Nova* omitted the matter from his suggested draft: Professor *Cansacchi* thought the inclusion unnecessary, since the rules were easily deducible from the basic principle: Professor *von Overbeck* thought it possibly more appropriate to relate the detailed rules to typical cases. Professor *Kahn-Freund* suggested the inclusion of the list of rules as one of the wishes expressed in Part. II. Other members of the 24th Commission made no observations on the question. On balance it appears that our original inclusion of this matter is not acceptable, and it is accordingly omitted from the revised draft.

Para. 3. The original para. 5 thus becomes para. 3 of the revised draft. No adverse comment has been made on this paragraph. Its substance corresponds to positive views expressed by several Confrères.

Part II of the Revised Draft Resolution consists of those matters that may more conveniently be presented as wishes or suggestions. This part is linked to the Preamble by the new word 'suggests', which is included for consideration as an alternative to 'wishes'. We have already commented on paragraphs 1 and 2 of Part II and it remains to say a word about paragraph 3.

This paragraph is the text of para. 1(b) in the original draft Resolution. The reasons for its inclusion have been set out in the Preliminary Exposition (pp. 59–60) and the Provisional Report (p. 24). Some members of the 24th Commission have expressed uneasiness about the proposal on two principal grounds:

(a) that it is not a principle of selection of the system of private international law to determine the problem of time involved; and

(b) that it would be more appropriate to include it among the wishes expressed by the Institute regarding the content of individual systems of private international law.

We are in agreement with both these observations. Yet neither objection deals with the points (a) that we are attempting to solve a common problem of time in private international law; or (b) that a definition clause is desirable for the purpose of our Resolution. We gladly accept the suggestion that the paragraph be transferred to Part II, where it may be no less useful than in its former position.

The revised Draft Resolution that follows is submitted in the hope that it may receive the approval of the Institute. It represents much careful thought by members of the 24th Commission over the course of several years. Doubtless it is capable of improvement by our Confrères in session at Athens and by other minds in future years. For the present, however,

we are content to offer it as a starting point in a particularly obscure and undeveloped subject.

London, August 1978

Part III

Revised Draft Resolution

The Problem of Applicable Time in Private International Law
[The Intertemporal Problem in Private International Law]

The Institute of International Law,

Recalling the Resolution on The Intertemporal Problem in Public International Law adopted at its Wiesbaden Session;

Noting that certain problems of applicable time in private international law differ from those in public international law; and

Considering it desirable also to resolve these problems in private international law.

I.

Adopts this Resolution:

1.(a) Subject to the following provisions of this Resolution, the temporal sphere of application of any norm of law or jurisdiction relating to a situation in private international law shall be determined in accordance with the general principle of law by which any fact, action or situation must be assessed in the light of the rules of law that are contemporaneous with it in the place where it occurs, hereafter referred to as the principle of *tempus regit actum.*

[1.(a) (Alternative) Unless otherwise indicated in this Resolution, a rule of law should be applied in the form in which it existed at the time and in the place of the occurrence of the particular fact, action or situation. This principle is hereafter referred to as that of *tempus regit actum.*]

(b) in the application of this paragraph to continuous legal situations of personal status, property or obligation, it shall be recognised that per-

sonal status established and rights acquired before the happening of a relevant change of law shall be protected so far as may be possible.

2.(a) The temporal effect of change in the applicable law shall be determined by the *lex causae* [unless the *lex causae* is the earlier applicable law with which the parties have lost all connection].

(b) The temporal effect of change in the private international law of the forum shall be determined by the *lex fori* [provided that the *lex fori* contains relevant rules].

(c) The temporal effect of change in the connecting factor shall be determined as follows:

(i) in the case of changes in the basis of jurisdiction during the course of proceedings, such change shall not deprive a court of its existing jurisdiction;

(ii) in the case of the recognition or enforcement of foreign judgments, by adherence to the situation existing in the foreign *lex fori* at the date of pronouncement of the foreign judgment;

(iii) in all other cases by giving effect to the legal system which according to the *lex fori* has the closest objective connection with the situation at the time of change in the connecting factor;

[2(c)(i), (iii): by the *lex fori*] (Alternative A)

[2(c)(i), (iii): by the *lex fori*, if that is one of the systems in conflict: otherwise by the more recent rule of the foreign systems in conflict] (Alternative B)

[(iv) Subject to the foregoing provisions, the new rule of applicable law or jurisdiction or the new connecting factor relevant to it shall in general be operative as from the date of the change of rule.]

(d) The legal relevance of facts occurring before or after the legally decisive occurrence and not relevant to the ascertainment of the connecting factor shall be determined by the *lex causae*.

[(e) The effect of retrospective legal provisions, whether legislative, executive or judicial, should in principle be determined by reference to the legal system in which they originate, provided that

(i) that law should be applied that retrospectively validates previously invalid acts;

(ii) that law should not be applied that retrospectively invalidates previously valid acts.

This sub-paragraph should apply whether the change in the connecting factor results from the action of a law-making authority or that of an individual.]

[(f) In the case of conflict between the rules of intertemporal law of the forum and those of the *lex causae* the latter should prevail unless manifestly contrary to public policy.]

3. In the application of this Resolution the overriding consideration should be the achievement of a just and equitable solution.

II.

Suggests that:

[Wishes]

[1. The interpretation of retrospective legal provisions, whether legislative, executive or judicial, should take account of the need to protect personal status and proprietary rights validly acquired before the retrospective change in the law, and wherever possible support the validation rather than the invalidation of transactions completed before the date of such change.] (Alternative to para. 2[e])

[2. In order to avoid any cause of uncertainty or dispute, it is desirable that every instrument relating to matters of private international law should include express provisions indicating the solution that ought to be given to such problems of applicable time as might arise in the course of its application.] (Alternative to para. 3[a])

[3. In the determination of contemporaneity, where there exist for legal purposes alternative places of the occurrence of a single event, with possible consequential alternative and divergent definitions of the time of the occurrence, the event should be deemed to have occurred at the time agreed, where relevant, by the parties, and in the absence of such agreement at the latest of the alternative times.] (Alternative to para. 1[b])

London, August 1978

Annex

Observations of the members of the 24th Commission on the Provisional Report and Draft Resolution of Professor Graveson of July 7th 1977

1. Observations of Professor Giorgio Cansacchi

Turin, le 20 avril 1978

Mon cher Confrère,

J'ai bien reçu votre rapport provisoire et votre projet de résolution et je vous félicite de l'effort que vous avez fait, et pour les difficultés que vous avez surmontées, en vue de parvenir à la proposition de certaines règles générales dans un domaine aussi complexe, et d'une systématisation aussi difficile, que celui du droit intertemporel dans les systèmes de droit international privé et de juridiction.

Je partage dans leur ensemble les suggestions que vous avez développées en détail dans vos «General Considerations». Je me rallie aussi à votre thèse fondamentale de poser comme énonciation de principe la règle *locus regit actum*, tel que vous l'avez expliqué et développé dans le paragraphe premier de votre «Draft Resolution».

Préambule. - Oui. Je suis d'accord.

Paragraphe 1. – Oui. Je suis d'accord sur les propositions (a) et (c). Je négligerai au contraire la proposition (b), car j'estime que son contenu n'est pas suffisamment clair.

Paragraphe 2. – Oui. Je suis d'accord sur les propositions (a) et (b).

A mon avis, les effets temporels d'un changement de certaines règles dans la loi étrangère déclarée applicable doivent être déterminés par cette loi *(lex causae)*, tandis que les effets temporels d'un changement de certaines règles du droit international privé de la *lex fori* doivent être déterminés par cette loi. Comme le déclare clairement le professeur Rigaux, c'est dans le système du droit interne de la *lex fori* qu'on doit rechercher les solutions données aux conflits transitoires en vue de les appliquer aux situations analogues qui se présentent en droit international privé de la *lex fori*, lorsqu'on doit choisir entre les règles de deux lois étrangères déclarées applicables.

Sur la lettre (c) de ce même paragraphe, en ce qui concerne les «conflits mobiles», je me rallierai à la proposition de MM. Rigaux et von Overbeck, c'est-à-dire que si dans le droit international privé de la *lex fori* un facteur de rattachement est

remplacé par un autre facteur, la détermination du moment dans lequel doit opérer l'ancien ou le nouveau facteur sera recherchée moyennant l'interprétation de la règle de conflit de lois de la *lex fori*.

Je crois toutefois, comme le souligne le professeur Gannagé, que dans ce domaine il est très difficile de proposer une solution «de principe», en considération aussi du danger de fraude des parties, qui se présente assez souvent.

Toujours sur la lettre (c) (i) et (ii), je doute fort que l'on puisse proposer des règles générales sur le changement temporel de la base de juridiction; les situations concrètes qui se présentent en jurisprudence sont tellement différentes les unes des autres qu'on ne peut pas formuler des principes rigides.

A mon avis, on pourrait uniquement proposer la déclaration suivante: si le changement de la base de juridiction se produit lorsque le procès est en cours, les règles anciennes doivent être appliquées; si, au contraire, le procès a commencé après ce changement, sauf quelques exceptions en faveur des droits acquis des parties, c'est la nouvelle loi qui doit être appliquée.

Je me rallie aussi aux propositions des lettres (d) et (e), avec les variantes (i) et (ii), qui conduisent à donner la préférence, à la suite d'un changement temporel de deux règles contradictoires rétrospectives, à la règle – ancienne ou nouvelle – qui est la plus favorable à la conservation de la validité des actes.

Paragraphes 3 et 4. Oui. Je me rallie à vos propositions, mais pour rendre la résolution plus simple, je serais d'avis de renoncer aux propositions énoncées en détail dans le paragraphe 4, que l'on peut facilement déduire, me semble-t-il, du principe *locus regit actum*.

Avec l'expression de ma haute considération, je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, mes félicitations pour l'œuvre accomplie et mes salutations les plus amicales.

Giorgio Cansacchi

2. *Observations of Professor Rodolfo De Nova*

Pavia, April 3, 1978

Dear Colleague,

I am sorry I kept you waiting for my comments on your Provisional Report. In order to save time and energy, I decided to jot down an ultra-provisional 'imitation' of your Draft Resolution as a synthesis of my own musings. Here it is!

'The Problem of Choice of Time in Private International Law

The Institute of International Law,

Considering it desirable, after adopting at its Wiesbaden Session a Resolution on the Intertemporal Problem in Public International Law, to deal also with the *Problem of Time in Private International Law* (this could also be the title of our Resolution!),

adopts the following Resolution:

1) The temporal effect of change in the applicable law shall be determined by the *lex causae*.

2) The temporal effect of change in the rules of private international law of the forum shall be determined by the *lex fori*.

3) The temporal effect of change in the connecting factor ('conflit mobile') shall be determined by the *lex fori*.

4) If the temporal effect of change under para. 2 and 3 is not specifically provided for, the general rules of the forum on the application of law in time shall apply to the rules of choice of law.

5) If the temporal effect of change under para. 2 and 3 is not specifically provided for, the new rules on jurisdiction or recognition of foreign judgments, or the change in the connecting factor relating thereto, shall be immaterial when they come into force or take place during the course of legal proceedings or after the request for recognition of a foreign judgment.

6) If the temporal effect of change under para. 2 and 3 is not specifically provided for, the new choice of law rule, or the change in the connecting factor pertaining to a choice of law rule, shall be generally operative as soon as they come into force or take place.

7) Equitable considerations may require that a personal status established and rights acquired before a change in the applicable law under para. 2 and 3 be not affected by such a change. (Thus a person having legal capacity under a previously applicable law should not cease to be capable because the newly applicable law is more restrictive on this point, nor a will, valid under a previously applicable law, should become void when in matters of succession another law is made to govern.)

8) Unless otherwise indicated in this Resolution, any fact, action or situation pertaining to choice of law, jurisdiction or recognition of foreign judgments shall be assessed in the light of the rules of the applicable law that are contemporaneous with it *(tempus regit actum)*.

The Institute of International Law

expresses further the following Wish:

Every statute or international convention relating to private international law should include express provisions indicating the solution which ought to be given to such problems of choice of time as might arise in the course of its application.'

Of course this is a mere frame, perhaps even with some lurking contradiction between paragraphs, but I hope it can be of some use, at least to you, as an additional set of formulae.

With all good wishes,

Sincerely yours,

Rodolfo De Nova

3. Observations of Professor Sir Otto Kahn-Freund

Haslemere, 7th March 1978

Dear Colleague,

Permit me first of all once more to apologize to you for the delay of this reply to your Provisional Report and to the Draft Resolution. Subject to what I shall say

below I am in broad agreement with the Resolution though details of drafting will of course have to be settled subsequently.

Before I try to formulate my response to your draft, I should like to make one or two preliminary points:

(1) At p. 24 of your Provisional Report you enumerate four problems arising from change in time. May I suggest that these problems and (except for *'desiderata')* only these problems should be the subject matter of the Final Report? I should perhaps have formulated them slightly differently but this is not very important. What is important is that, in my submission, the fourth point should not only cover changes in the grounds of recognition and enforcement of foreign judgments, but also changes in the bases of the court's own jurisdiction. I should omit the words 'whether... foreign system' in No. 3, and I should make '2' and '3' change places. Subject to these changes, I think this is an admirable summary of the task of the Commission. Except that I agree with you on the inclusion of something like No. 4, I find myself in total agreement with the observations of our Confrère François Rigaux whose response to your Preliminary Exposition seems to me to be a model of clarity and conciseness.

(2) From what I have said it follows that (except for the 'wish' as regards the drafting of International Conventions), I am strongly inclined to exclude the matters coming within your 'second category' (see p. 24 f.). I do not believe that these are matters of private international law. Whether in a given context '11 a. m.' means 11 a. m. in London or in New York is not, in my submission, a question of private international law any more than whether a 'gallon' means an Imperial or an American Gallon. If the ambiguous words occur in a contract, the *lex contractus* must furnish the criteria of interpretation, and if (as in a situation of contract by correspondence, telephone or telex) the question is whether a contract has been concluded at all, the decisive law is the law which according to the *lex fori* would be the *lex contractus* if the contract had been concluded. We are not concerned with the solution of substantive problems, but with the choice of the law which is called upon to solve them.

(3) I cannot conceal my scepticism towards general principles to be applied to the choice of a relevant time for any purposes. Take the alluring principle *ut res magis valeat quam pereat.* It is superficially attractive, until one realises that in *Starkowski v. Att. Gen.* [1954] A. C. 155 (see p. 66 of your Preliminary Exposition) the legitimacy of Henryka's first child involved the illegitimacy of the second, and vice versa. Hence (as at present advised) I am not sure whether I am in favour of No. 2, and especially 2(e).

(4) I attach great importance to a remark you have made at p. 20 of the Provisional Report which I consider as fundamental. This is that the task of our Commission is methodologically completely different from that of the 11th Commission which dealt with international law. The 11th Commission had to consider the significance of the time factor in one system of law, viz. international law, a task similar to considering the time factor in say English or French law. We however, are charged with the job of suggesting rules governing the choice of law and of jurisdiction where two or more legal systems may be involved which are linked with a case through succession in time. I am asking myself seriously whether we can take over

from the Report of the 11th Commission the principles enumerated in Para. 4 of your Draft Resolution. Whether these or any other such like principles apply depends on the law governing the issue (e.g. the *lex causae* in the case of a change in substantive law and the *lex fori* in the case of a *conflit mobile*). I should not eliminate your No. 4, but re-formulate it so that it is transformed from a set of rules *de lege lata* to a set of programmatic *desiderata de lege ferenda* addressed to the law giver of the relevant law.

(5) Now for some of the details of the Draft Resolution:

a) In the second and third preambles and in Para. 1(a) I should delete the words 'and the conflict of laws' or 'or the conflict of laws' because I do not see any difference between this term and 'private international law'. The same applies to the corresponding words in Para. 3(a).

b) For the reason stated in (4) above I should transform Para. 1(a), (b) and (c) into *desiderata de lege ferenda.*

(c) I should place Para. 1 at the end of the Resolution and start with No. 2.

(d) I suggest to delete the words 'To the extent ... this Resolution' at the beginning of Para. 2.

(e) For 2(c) I should substitute something like this: 'Whether a connecting factor is constant or variable in time depends on the *lex fori.*

The same applies to a change in the facts which constitute the basis of the jurisdiction of a court or of the recognition and enforcement of foreign judgments.

It is desirable that a change in such jurisdictional facts after the initiation of legal proceedings should not be allowed to affect the jurisdiction of the court *(perpetuatio fori).'*

f) I should link 2(d) and 2(e) with 2(a). Para. 2 (a) would perhaps then be something like this:

'The temporal effect of change in the applicable law as well as the legal relevance of facts occurring at any particular time are determined by the *lex causae.*

The *lex causae* determines in particular to what extent a change in the law is to be regarded as having retrospective effect.

It may however be against the *ordre public* of the *lex fori* to recognise such retrospective effect.

This may especially be the case where according to the *lex causae* a change in the law is regarded as invalidating a valid transaction.'

g) I submit therefore that the Resolution should consist of two Parts:

Part I, dealing with established principles, and being your Para 2, with modifications as tentatively suggested above, and *Part II* consisting of *desiderata.* Here I should subdivide: First I should formulate a wish as to what should be included in international conventions (your Para. 3(a) and (perhaps, I have doubts) something like your 3(b). Second I should formulate a wish as to what should be included in municipal law, i.e. your Paragraphs 4 and 1, in that order.

This is one of the most difficult branches of private international law, and, though what I have said may sound dogmatic, I should wish it to be regarded as a set of submissions, not of pronouncements.

My principal concern is that we should not forget that we are dealing exclu-

sively with the question: what law applies? and what court has jurisdiction? and not with any substantive rules.

May I conclude by thanking you for having blazed a trail through a jungle so that others can walk with ease to the clearing in the forest.

With kind regards and all good wishes,

yours ever,

Otto Kahn-Freund

4. Observations of Professor Willis L. M. Reese

New York, March 7, 1978

Dear Colleague,

I apologize abysmally for my delay in sending you my comments on your draft resolutions on 'The Problem of Time in Private International Law'. For some reason, I was under the impression that no such comments were desired at this time. I was completely wrong and again, I apologize.

One thing I wish you would consider is whether it would be desirable to have at least some of your resolutions followed by explanatory notes. Of necessity, some, or perhaps even most, of your resolutions, are generally phrased. They would take on additional meaning if they were followed by notes which sought to give greater precision to some of the key terms employed and which illustrated how the resolutions would be applied in certain hypothetical situations. I realize that it has not been the practice of the Institut to make use of such notes. But I do not believe that any Institut rule forbids their use. Also I believe that the use of such notes would make Institut resolutions more meaningful and also more influential.

I turn now to your various formulations:

On several occasions, you refer to 'private international law and the conflict of laws'. I would read this as suggesting that you believe that those two terms bear somewhat different meanings. Is this correct? If not, would it not be better to use only one of these terms? I would think that even common law lawyers would be content if you were to refer exclusively to 'private international law'.

2. I find Resolution 1(a) hard to read and wonder if it could not be shortened to say something like this. 'Unless otherwise indicated . . ., a rule of law should be applied in the form in which it existed at the time and in the place of the occurrence of the particular fact, action or situation. This principle is hereafter referred to as that of *tempus regit actum*.' (Incidentally, I find difficult the distinction you seem to draw between a norm of law and one of jurisdiction. Is not a norm of jurisdiction a norm of law?)

3. I am still worried by the statement in Resolution 1(b) that in the absence of agreement an event shall be deemed to have occurred 'at the latest of the alternative times'. Take, for example, the case I previously posed of a contract of sale between an American seller and a Japanese buyer which states that the buyer shall incur no obligation unless the article is mailed 'on or before June 15th'. The article is mailed from the United States on June 15th, U.S. time, but at a time when it would be June 16th in Japan. Under your formulation, the article would have been mailed

too late. But on the facts stated I would think that the reference should be to U.S. time, since it was in the U.S. that the American acted.

4. I am worried by Resolution 2(c) (i). As worded, it would seem to lead to the conclusion that once a defendant has been served with summons and complaint while in state X, he remains subject to the jurisdiction of the X court with respect to all amendments made to the complaint even though he left state X immediately after the service of the original process. In the U.S., jurisdiction would continue in said circumstances only as to judicial action taken in the normal course of the proceedings and in the case of amendments that did not change the essential nature of the original claim. With us, any attempt to have jurisdiction continue in the case of amendments which change the nature of the claim would violate due process.

5. In Resolution 2(c) (ii) should you state the time at which it should be determined which is 'the legal system with the closest objective connection with the situation'? Should that be the situation existing at the time of the change in the connecting factors?

6. In connection with Resolution 2(d), what about the relevance of subsequently occurring facts, as a change in domicile, on the choice of the applicable law? Would this not depend upon the choice of law rules of the forum?

7. I suspect that Resolution 2(e) is worded too categorically. Take the case when in state X, A and B enter into a marriage that is invalid under X law. Thereafter B moves to state Y and marries C. Later still, the law of X is amended so as retroactively to validate the original marriage of A and B. If Y is compelled to recognize this change in the X law, it will have to invalidate retroactively the marriage between B and C. Would not your provision, as presently drafted, require Y to do just this?

Sometimes invalidation of one provision of a contract will save the rest of the contract. How would your resolution operate in such a case? Suppose, for example, that an insurance contract issued in state X contains a provision that any suit against the insurer must be brought within one year of the loss. This limitation provision was valid under X law at the time when the loss occurred in X. Some six months after the loss the law of X is changed to invalidate such a limitation provision and the intent of the enacting legislature was that this law should be applied retroactively. Then, more than one year after the occurrence of the loss, suit is brought against the insurer in Y to recover on the claim. Should the Y court save the obligation under the contract by applying the X statute retroactively in the way that the X legislature intended? This would not seem a shocking thing to do if the relevant contacts were at all times massed in X. But I would read your provision as prohibiting such a course of action.

There is also the converse situation where retroactive validation of one provision of a contract will result in the invalidation of the contract as a whole.

By way of conclusion, I think I would feel happier if your resolutions were not so hard and fast. I would prefer it if they could be cast in the form of a presumptive rule which could be abandoned whenever necessary to achieve a just and equitable solution.

I do hope you will find these comments of some use.

Faithfully, *Willis L. M. Reese*

5. *Observations of Professor Alfred E. von Overbeck*

Fribourg, février 1978

Observations générales

Tout en souscrivant à la plupart des solutions du projet, nous suggérons une présentation qui fasse mieux ressortir les divers problèmes qui se posent, et qui sont d'ailleurs énoncés p. 24 du rapport provisoire.

Le plan du projet pourrait être le suivant (à droite, les dispositions du projet actuel):

I.	Principe général	1 a)
II.	Simultanéité	1 b)
III.	Situations acquises et validation	1 c) et 2 e)
IV.	Changement de la loi matérielle applicable (conflit transitoire de droit étranger)	2 a)
V.	Changement de la règle de conflit (conflit transitoire du droit international privé)	2 b)
VI.	Conflits mobiles	2 c)
VII.	Précisions à prévoir dans les règles de conflit	3

Observations relatives aux dispositions du projet

Ad 1 (c). Voir ad 2 (e).

Ad 2 (a). Le principe est exact. Mais ne faudrait-il pas le tempérer dans les cas, qui ont fréquemment occupé la jurisprudence française et allemande, où les parties ont perdu tout lien avec une loi désignée par un rattachement immuable? – Il est vrai qu'il vaut probablement mieux remettre en cause ledit rattachement. (Voir notamment F. Rigaux, Droit international privé, Tome I, Bruxelles 1977, Nos 515, 525; cf. aussi OLG Hamm, Neue Juristische Wochenschrift 1977, p. 1591, qui «pétrifie» même la règle de conflit étrangère à appliquer par renvoi).

Ad 2 (b). La règle ainsi énoncée est certainement exacte. Mais il conviendrait de poser des principes utilisables lorsque la *lex fori* (ou une convention) ne règle pas l'application dans le temps de la nouvelle règle de conflit. Le point de départ peut être l'application par analogie du droit transitoire de la loi interne du for. Mais dans certains cas, l'application de la nouvelle règle de conflit peut être préférable dans la mesure où les parties ne se sont pas fiées à l'ancienne règle de conflit. C'est ce qui se passe régulièrement pour les règles de conflit jurisprudentielles.

Il y aurait peut-être moyen de reprendre ici les principes énoncés au No 4, mais de préférence en les concrétisant pour des institutions déterminées.

Ad 2 (c) (i). Une modification des circonstances ne doit certainement pas pouvoir mettre fin à une compétence internationale une fois créée. Mais le contraire n'est pas nécessairement vrai: il est concevable de prévoir qu'un tribunal admette sa compétence sur la base de circonstances qui se réalisent en cours de procédure.

Ad 2 (c) (ii). Cette disposition se réfère-t-elle au *système de conflits* qui a les liens objectifs les plus étroits? Il faudrait alors désigner le système qui a ces liens au moment déterminant pour le rattachement selon le droit du for.

Mais peut-on écarter le système du for de manière générale, ou faut-il, ce qui

est plus fréquemment défendu, qu'il n'y ait à ce moment aucune attache avec le for? (Voir dans ce sens l'arrêt *Banque Ottomane,* Cour d'appel de Paris, 19 mars 1965, Revue critique 1967, p. 85, spéc. p. 94.)

Faudrait-il dire que cette règle ne vaut qu'à défaut de précisions dans la règle de conflit applicable? Comme pour le changement de la règle de conflit, on pourrait poser des règles spécifiques pour certains conflits mobiles.

Ad 2 (d). Exact, mais est-il nécessaire de le dire?

Ad 2 (e). La règle telle qu'elle est posée ici est peut-être trop absolue. S'il est vrai qu'un changement de la loi applicable ne doit pas conduire à annuler des actes, le contraire est certes souhaitable le plus souvent, mais le droit positif peut prévoir autre chose.

Une règle plus souple sur les «droits acquis» et la validation serait préférable; elle reprendrait ainsi le principe du No 1 (c).

Ad 3. Peut-être y aurait-il lieu de préciser, d'une part, que le moment auquel les facteurs de rattachement doivent être déterminés doit être fixé et, d'autre part, que l'application dans le temps de nouvelles règles de conflit doit faire l'objet de dispositions expresses.

Ad 4. Nous préférerions des règles concrètes relatives à certaines situations typiques à la reprise de ce catalogue très abstrait.

Ad 5. Ce principe pourrait être exprimé par la règle proposée *ad* 2 (e).

6. Observations of Professor Haroldo Valladão

Rio de Janeiro, mars 1978

Mon cher et éminent Confrère,

Désigné comme membre de la 24e Commission en janvier dernier, j'ai le plaisir de vous envoyer mes réponses au questionnaire que vous avez présenté auparavant[1].

I. Le sujet de notre Commission n'est pas clair, ni précis. On parlait du problème intertemporel *en droit privé,* puis on a finalement adopté le titre officiel suivant: *«Le problème intertemporel en droit international privé».* Et notre éminent rapporteur a préféré: *«The problem of choice of time in private international law».*

Le choix (choice) du *temps* en droit international privé, avec cette originale connotation, est une matière trop vaste, qui, je crois, n'a pas encore été étudiée avec une telle ampleur et je doute qu'on puisse le faire efficacement.

L'expression bien connue en la matière, *droit intertemporel,* serait préférable au simple mot «intertemporel». Elles restreint l'objet de la résolution à des questions spécifiques qui n'épuisent pas toutes les difficultés d'application du droit dans le temps.

Dans le même ordre d'idées, il serait en outre opportun de circonscrire davantage l'objet de la résolution en précisant ses limites.

[1] The observations of Professor Valladão relate also to the Preliminary Exposition and Questionnaire of June 1976, pp. 57–74 *supra.*

II. Les problèmes les plus importants et spécifiques concernant le sujet, traités par la doctrine actuelle, sont les deux suivants: a) conflits dans le temps de règles de droit international privé adoptées dans un certain Etat *(droit intertemporel international)*; et b) conflits dans l'espace de règles de *droit intertemporel,* de la *lex fori* et de la *lex causae (droit international intertemporel).* Ainsi je les ai étudiés dans mon livre «Droit international privé», vol. I[4], chapitre XXX, et dans le travail que j'ai publié avec ces titres dans la «Festschrift» en hommage à notre éminent et si regretté confrère, le professeur *Fragistas.*

Un troisième problème qui est aussi considéré par la doctrine, mais de manière autonome, indépendante, est le problème *spatial et temporel* des conflits de lois dans le temps en conséquence du changement temporel des points de rattachement *(points of contact), «Statutenwechsel»,* de *Zittelman, «Conflits mobiles»,* de *Bartin* (voir mon livre précité, I[4], chapitre XXII).

III. Ainsi je réponds à la *question 1:* Il faut se restreindre aux conflits de lois dans le temps, mentionnés ci-dessus.

IV. Par conséquent, je réponds à la *question 2* en écartant la lettre (c), donnant préférence à la matière de la lettre (b), et, en ce qui concerne la lettre (a), acceptant l'étude subsidiaire des conflits mobiles.

V. Le rapporteur, dans les paragraphes 4 à 11, suggère, à propos des très nombreux problèmes liés au temps, des solutions spéciales en droit intertemporel, de simples règles directes, matérielles, originales, une espèce de *droit uniforme intertemporel* général.

VI. Permettez-moi de me placer au point de vue classique, de préférer les *solutions collisionnelles,* celles courantes en droit international privé pour ces problèmes de conflits dans le temps de lois de droit international privé.

Ainsi, pour le premier problème, celui du droit intertemporel international (ci-dessus, lettre a), II) de conflits dans le temps des règles de droit international privé, j'accepte l'opinion généralisée de la doctrine et de la jurisprudence des tribunaux (largement citée et commentée dans le livre que j'ai mentionné) de l'*application des principes de droit intertemporel de la «lex fori».*

Pour le deuxième problème, celui du droit international intertemporel (ci-dessus, lettre b), II), des conflits dans l'*espace* de règles de *droit intertemporel,* entre celles de la *lex fori* et de la *lex causae,* j'accepte aussi l'opinion dominante de l'application du droit intertemporel de la *lex causae,* mais avec l'exception de l'ordre public, par exemple, de la non-application de règles rétroactives.

VII. Si on décide de considérer aussi le problème des conflits de lois dans le temps découlant du changement temporel des points de rattachement, j'admets la solution d'appliquer la *lex fori* si elle est une des lois en conflit, et si le conflit se produit entre deux lois étrangères, l'application de la loi étrangère plus nouvelle, sauf toujours la réserve de l'ordre public.

Dans le Projet brésilien de droit international privé *on a adopté, comme mesure préventive des conflits mobiles,* la fixation temporelle du point de rattachement; par exemple, la capacité est réglée par la loi du domicile de la personne au *temps de l'acte,* la succession par la loi du domicile du défunt au *temps du décès.*

VIII. Si toutefois on préfère et on décide, avec le rapporteur, l'adoption de solutions directes, de règles matérielles, je me demande si on ne devrait pas suivre, au

lieu des critères proposés, ceux qui sont courants en droit intertemporel, en parlant du principe général de *l'application immédiate de la loi nouvelle* avec le respect des *droits acquis* ou, si on préfère la terminologie moderne, des *situations juridiques définitivement constituées* y compris la chose jugée.

Cela dit, on pourrait ajouter: la même loi nouvelle réglera les faits complexes, commencés et pas encore finis, reconnus toutefois ses éléments autonomes, valablement réalisés selon la loi ancienne. Il faut aussi tenir compte du principe de la prédominance de *la loi la plus favorable* en modifiant la règle *tempus regit actum,* par exemple en ce qui concerne la capacité de la personne, la validité de la forme extrinsèque de l'acte, etc. Ainsi la majorité complète pendant la loi ancienne est maintenue dans la loi nouvelle différente. Le testament sera valable s'il a observé les règles de capacité et de forme extrinsèque de la loi du temps dans lequel il a été fait ou celles du jour de la mort du testateur. On devrait aussi, dans le plan d'un droit uniforme intertemporel, régler la prescription en appliquant immédiatement la loi nouvelle, avec la computation du temps écoulé pendant la loi ancienne, si les conditions de la même loi nouvelle ont été observées... Il y a aussi le problème de l'*adaptation en droit intertemporel* par lequel on peut appliquer la loi nouvelle en l'harmonisant avec la loi ancienne...

IX. Je réponds oui à la *question 12,* conformément à ce que j'ai écrit sur les conflits mobiles.

X. Je réponds non aux *questions 13 et 14* qui cherchent à étendre l'objet des travaux de la Commission, déjà trop élargis.

XI. J'ai déjà dit que les travaux devaient être restreints aux droits intertemporel international et international intertemporel (voyez ci-dessus II).

Bien que je ne sois pas d'accord de le faire, j'étudierai aussi les conflits mobiles si la majorité de la Commission le veut.

Haroldo Valladão

Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités
(Vingt-troisième Commission)[1]

Exposé préliminaire et questionnaire[1a]

Alfred E. von Overbeck

Introduction

A. Le mandat de la Vingt-troisième Commission

1. La Vingt-troisième Commission devra tout d'abord préciser le mandat qui lui est confié.

1. Les traités

2. Que faut-il entendre ici par traités?

a) L'attention semble devoir se porter en première ligne sur les conventions multilatérales. En effet, les règles contenues dans des traités bi-

[1] La Vingt-troisième Commission est ainsi composée: M. A. E. von Overbeck, *rapporteur;* MM. Batiffol, De Nova, Graveson, van Hecke, Sir Otto Kahn-Freund, MM. Loussouarn, Miaja de la Muela, Morelli, Rigaux, Schwind, Sperduti, Frank Vischer, *membres.*

[1a] Le présent texte a été complété, pour l'impression, sur quelques points de détail ou de terminologie et dans les notes.

Les conventions internationales sont citées, dans le texte, en abrégé, suivies de leur date. Pour le titre et la date exacts, voir la table des conventions pp. 187–192 ci-dessous.

Pour l'ensemble du sujet, il est notamment renvoyé aux ouvrages suivants, cités par la suite par le nom de leur auteur:

A. Bleckmann, Probleme der Anwendung multilateraler Verträge. Gegenseitigkeit und Anwendbarkeit hinsichtlich der Vertragspartner, Schriften zum Völkerrecht, No 33, Berlin, 1974; *J. Kropholler,* Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren), Tübingen, 1975; *A. Malintoppi,* Les rapports entre droit uniforme et droit international privé, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international (RCADI), vol. 116, 1965, III, p. 1; *F. Rigaux,* Le domaine d'application de la loi uniforme

latéraux n'ont souvent qu'un intérêt limité pour des Etats autres que les parties. La délimitation du champ d'application est, d'autre part, moins difficile lorsque deux Etats seuls sont en jeu. Enfin, nombre de traités bilatéraux sont rédigés selon des techniques anciennes dont on ne peut pas tirer beaucoup d'enseignements. Il est possible toutefois que l'on découvre l'une ou l'autre règle d'un traité bilatéral utile à notre recherche.

3. b) Quels seront les instruments multilatéraux qui devront faire l'objet des travaux de la Commission?

La doctrine, du moins de langue française, distingue parfois les conventions unifiantes des lois uniformes.[2] Mais la délimitation n'est pas toujours opérée de la même façon. Une discussion au sein du Comité français de droit international privé a conduit à la conclusion que les problèmes posés par les unes et les autres étaient semblables.[3] On pourrait penser que les textes intitulés «lois uniformes» remplacent complètement le droit national pour s'appliquer aux espèces tant nationales qu'internationales. Il en est ainsi pour les lois uniformes sur les chèques et les lettres de change. Mais d'autres «lois uniformes», notamment la loi uniforme en matière de vente et les textes complémentaires, ne visent que les cas internationaux.

4. c) En fin de compte, les règles que nous sommes chargés d'étudier devront être considérées comme telles, sans que l'on s'arrête à leur dénomination ou à la présentation de l'instrument international qui les introduit. Ainsi, les conventions portant loi uniforme sur la vente de 1964 se

sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et de la loi uniforme sur la formation de ces contrats de vente; Le contrat économique international, Bruxelles-Paris, 1975, p. 67, compte rendu de *Ph. Francescakis,* Revue critique de droit international privé, 1978, p. 238.

Pour les publications sur l'unification du droit en général, voir notamment les annuaires Unidroit et la Revue de droit uniforme, ainsi que les articles publiés dans AJCL 1968, p. 13 et s.; *R. David,* The International Unification of Private Law, International Encyclopaedia of Comparative Law, vol. II, chap. 5, Tübingen/New York, 1971; *M. H. van Hoogstraten,* L'état présent de la Conférence de La Haye de droit international privé, The Present State of International Law, 1973, p. 371.

[2] Voir par exemple, *P. Lagarde,* Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel, (Rapport français au VIIIe Congrès de droit comparé, Pescara, 1970), Etudes de droit comparé, Travaux contemporains, Travaux et Recherches de l'Institut de droit comparé 33, 1970, p. 149.

[3] Travaux du Comité français de droit international privé, 25e–27e années (1964–1966) Paris, 1967, p. 83, rapport de *Ph. Malaurie,* Droit uniforme et conflits de lois.

présentent comme des lois uniformes annexées à des conventions. La CNUDCI (UNCITRAL) semble vouloir maintenir ce système dans le projet revisé. Au contraire, les dispositions sur la prescription en matière de vente de 1974, également élaborées par la CNUDCI, figurent dans le texte même de la convention. En matière de droit international privé, les Etats du BENELUX ont élaboré une loi uniforme annexée à une convention, alors que les Etats du Marché commun ont rédigé des règles de conflit communes en matière d'obligations contractuelles et extra-contractuelles sous forme d'un projet de convention.

5. d) Il est vrai que l'on a voulu tirer de la distinction entre convention unifiante et loi uniforme des conséquences quant à la révisibilité des décisions rendues en application de ces instruments.[4] Il s'agit cependant ici d'une question propre aux divers ordres juridiques nationaux qui ne semble pas devoir nous occuper. L'introduction des règles uniformes, quelle que soit leur présentation, dans le droit des divers Etats, dépend d'ailleurs des dispositions constitutionnelles de ceux-ci (application des traités dès leur ratification et publication, ou au contraire exigence de faire dans tous les cas une loi d'application nationale).

6. e) La 23e Commission devra donc s'intéresser à toutes les règles de conflit ou de droit matériel uniforme que les Etats s'engagent, sous une forme quelconque, à introduire. En revanche, de simples lois modèles, ou des conventions telles que la Convention européenne sur l'adoption, qui prescrit simplement aux Etats contractants de conformer leur droit interne à certains principes, ainsi que des conditions générales de vente ou d'autres textes-modèles proposés au choix des particuliers ne semblent pas devoir être pris en considération. On relèvera toutefois que les conditions générales en vigueur dans les Etats du COMECON ont en fait la portée d'une véritable convention et pourront intéresser la Commission[5]. En revanche, celle-ci ne s'occuperait pas de textes édictés par des organisations supranationales, tels que les directives de la CEE. Nous n'avons pas, pour le moment, approfondi l'étude du champ d'application des conventions dans des domaines spéciaux, tels que ceux du droit de la propriété intellectuelle ou du droit du travail (Conventions de l'OIT).

[4] Voir notamment *Kropholler*, p. 132, qui demande la révisibilité dans tous les cas.

[5] Voir *J. P. Katona*, The International Sale of Goods among Member States of the Council for Mutual Economic Assistance, Columbia Journal of Transnational Law, 9, 1970, p. 226, spéc. p. 246; *Th. W. Hoya*, The Comecon General Conditions, Socialist Unification of International Trade Law, Columbia Law Rev. 70, 1970, p. 253.

2. Les règles de conflit ou de droit matériel uniforme

7. a) Que faut-il entendre par droit matériel uniforme? Pratiquement, il s'agira surtout de règles de droit privé au sens continental, mais une délimitation exclusive et précise n'est pas possible. Il est renvoyé à ce sujet aux explications de M. *Kropholler*. Cet auteur propose la dénomination d'ensemble «Internationales Einheitsrecht», «International Uniform Law», «Droit uniforme international», qui englobe également les règles de conflit uniformes.[6]

8. b) Par règles de conflit, l'on entendra essentiellement ici des règles sur la loi applicable, sans cependant d'emblée exclure des règles relatives à la compétence des tribunaux au autres autorités, des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution de jugements, etc. La combinaison de règles sur ces divers points dans un seul traité (par exemple la Convention de La Haye sur l'adoption, de 1965) peut influer sur la détermination du champ d'application.

9. c) Un premier examen permet de classer les règles de conflit ou de droit matériel uniforme dont il s'agit ici en trois catégories:

aa) Les lois uniformes au sens étroit, c'est-à-dire des règles de droit matériel uniforme qui remplacent complètement les dispositions nationales dans la matière qu'elles régissent. Par conséquent, elles s'appliqueront à toutes les espèces internes portées devant les tribunaux de l'Etat où elles sont en vigueur, ainsi qu'aux espèces internationales désignées, soit par les règles du droit international privé particulier, soit par des règles également unifiées.

bb) Les règles de droit uniforme matériel ne régissant que les cas internationaux.[7] Leur application nécessite des règles de délimitation «intérieure» entre cas internes et cas internationaux. D'autre part, l'on peut distinguer les règles de droit uniforme matériel applicables à tous les

[6] P. 5, voir au contraire *Malintoppi*, N° 6, p. 12, qui réserve l'expression «droit uniforme» pour les seules règles unifiées de fond.

[7] Voir *B. Lemhöfer*, Die Beschränkung der Rechtsvereinheitlichung auf internationale Sachverhalte, RabelsZ. 1961, p. 449. On peut aussi parler de règles conventionnelles de droit international privé matériel, voir *H. Bauer*, Les traités et les règles de droit international privé, Revue critique de droit international privé 1966, p. 537; *F. Deby-Gérard*, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Bibliothèque de droit international privé, vol. XVI, Paris, 1973, Nos 125 et s., p. 98; *F. Rigaux*, Droit international privé, t. I, théorie générale, Bruxelles 1977 (cité: «Rigaux, Théorie générale»), Nos 284 et s., p. 239; *M. Simon-Depitre*, Les règles matérielles dans le conflit de lois, Revue critique, 1974, p. 591.

cas internationaux et celles qui ne s'appliquent qu'à certains cas internationaux. La délimitation «extérieure» est alors opérée par des critères rattachant selon diverses formules les espèces à un ou plusieurs Etats contractants.

cc) Les règles de conflit uniformes. Elles ne s'appliquent, de par leur nature, qu'à des espèces qui sont internationales au point de vue du for. Ici encore, l'on peut distinguer les règles de conflit qui ne s'appliquent qu'à certaines espèces et celles qui sont d'application générale. On appelle également ces dernières «lois uniformes de droit international privé».

10. d) Pour les besoins de l'exposé, nous parlerons de «règles de conflit uniformes» ou de «règles de droit matériel uniforme» chaque fois que cela sera nécessaire pour la compréhension du texte. Pour désigner toutes ces règles à la fois, nous parlerons simplement de «droit uniforme». Cela permettra notamment d'éviter une confusion avec les règles sur le champ d'application qui font précisément l'objet de nos recherches.

3. Le champ d'application

11. L'on peut distinguer le champ d'application de la convention elle-même et le champ d'application des règles qu'elle contient.[8]

12. a) Le juge ou une autre autorité d'un Etat donné ne doit appliquer une règle contenue dans une convention que si celle-ci est entrée en vigueur pour son Etat et si les mesures prévues par son droit (publicité, loi d'application, etc.) ont été observées.[9]

Ainsi, les clauses finales sur la force obligatoire *ratione loci* préciseront, par exemple, si la convention peut être mise en vigueur pour certaines parties seulement d'un Etat fédéral, ou au contraire étendue à des territoires dont un Etat assume la responsabilité internationale.

Les clauses finales sur la force obligatoire *ratione temporis* diront combien de ratifications ou adhésions sont nécessaires pour l'entrée en vigueur de la convention, à quel moment celle-ci prend effet pour des Etats adhérant ultérieurement, quel est le moment où une dénonciation met fin aux obligations conventionnelles.

[8] Rappelons la distinction faite par *F. Rigaux* (Droit international privé, Bruxelles, 1968, No 25, p. 14) entre force obligatoire ou domaine formel des règles de droit et domaine matériel ou applicabilité. Voir aussi *Malintoppi,* No 17, p. 23.

[9] Voir *A. Giardina,* Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno, Riv. di diritto internazionale, 1973, p. 701.

13. b) Le champ d'application du droit uniforme lui-même peut être envisagé aux points de vue suivants:

aa) Le champ d'application *ratione materiae* ou domaine matériel. Il s'agit ici de la délimitation de la matière juridique même qui fait l'objet de l'unification.

bb) Le champ d'application *ratione temporis*. A quel moment la circonstance déterminante doit-elle être réalisée?

cc) Le champ d'application *ratione loci*; on pourrait aussi parler de l'étude des espèces auxquelles le droit uniforme est applicable.[10] Selon les cas, l'on se base ici directement sur un fait qui se déroule dans l'espace, ainsi un transport international, ou sur des qualités d'une personne (nationalité, domicile) qui permettent de la localiser. C'est à ce propos que nous étudierons les «règles d'applicabilité» du droit uniforme.[11]

14. c) Le juge devra souvent, en vue d'une application correcte du droit uniforme, résoudre des questions relatives à la force obligatoire de la convention, non seulement pour son propre Etat, mais aussi pour d'autres Etats. Cela peut parfois soulever des problèmes délicats, qui ne sont cependant pas spécifiques à l'objet de nos travaux. Aussi, sauf avis contraire des membres de la Commission, nous n'étudierons pas de plus près ces questions d'entrée en vigueur générale des conventions.

En revanche, la question des réserves devra être abordée, car celles-ci posent des problèmes spécifiques, notamment en ce qui concerne la réciprocité.

L'essentiel des travaux devra porter sur le champ d'application du droit uniforme même, les «règles d'applicabilité» seront à leur tour le point le plus important.

B. Plan du présent exposé

15. Nous nous proposons de traiter les problèmes esquissés ci-dessus dans l'ordre suivant:

Un premier chapitre sera consacré à l'opposition entre solutions de droit uniforme et solutions de droit international privé que l'on a cru

[10] *Kropholler*, p. 191, fait remarquer que les règles d'applicabilité dont il sera question par la suite ont aussi trait, dans un certain sens, au champ d'application quant à la matière.

[11] Le texte original de l'exposé préliminaire utilisait le terme de «règles d'application».

découvrir à la suite de la Conférence de 1964 sur la vente internationale. Etant donné la discussion très fournie à laquelle ont donné lieu les règles d'application du droit uniforme sur la vente, un bref exposé séparé paraît indiqué.

Le deuxième chapitre aura trait au champ d'application du droit uniforme et le troisième à la question de la réciprocité et des réserves.

Notre exposé ne comprendra pas de conclusions proprement dites, puisqu'il n'est destiné qu'à signaler aux membres de la Commission les problèmes tels que le rapporteur les envisage, à illustrer le questionnaire et à faire démarrer la discussion. L'on comprendra que, ici ou là, une prise de position, fût-elle provisoire, n'a pas pu être évitée.

C. But des travaux de la Commission

16. Le présent exposé n'a nullement la prétention d'être exhaustif et le rapporteur compte sur l'expérience et les connaissances des membres de la Commission pour le compléter.

Les travaux pourraient finalement déboucher sur un projet de résolution qui donnerait aux auteurs de futures conventions sur le droit uniforme un certain nombre de directives.

Celles-ci porteraient en tout cas sur des aspects plutôt techniques communs à toutes les conventions. Mais elles pourraient aussi tenter d'indiquer quelles sont, pour chacune des grandes catégories du droit (droit de famille, droit commercial, droit des transports, etc.) les solutions les plus appropriées. Cela sous réserve bien entendu des exigences spécifiques de la matière d'une convention déterminée – pour autant qu'elles existent. Car il est permis d'avancer que la grande variété de solutions que l'on trouve dans les conventions existantes n'est pas toujours motivée par de telles exigences spécifiques.

Chapitre I: La Conférence sur la vente, de 1964, et la prétendue contradiction entre droit uniforme et droit international privé

A. Les travaux de la Conférence de 1964 et les solutions de la convention portant loi uniforme sur la vente

17. L'on sait qu'une controverse a surgi dès la première séance de la commission chargée du projet de loi uniforme en matière de vente inter-

nationale (LUVI) à la Conférence tenue à La Haye du 2 au 25 avril 1964. Le texte de l'article premier du projet soumis à la Conférence était le suivant[12]:

La présente loi remplace les lois nationales des Etats signataires dans les cas où elle est applicable dans les matières qu'elle régit; si certaines questions concernant ces matières n'ont pas été expressément tranchées par la présente loi, elles seront réglées d'après les principes généraux dont elle s'inspire.

Les uns étaient d'avis que ce texte signifiait que la loi uniforme s'appliquerait directement à toute vente internationale au sens de son article 2, alors que d'autres soutenaient que tel n'était le cas que lorsque les règles de conflit du for conduisaient à un Etat où la loi uniforme était en vigueur («*Vorschaltlösung*»).

Si curieux que cela puisse paraître, le problème ne semble pas avoir été clairement vu lors des travaux préparatoires. Les auteurs qui avaient abordé la question penchaient plutôt pour l'application du droit international privé.[13]

18. A la suite des discussions d'un groupe de travail institué pour examiner notamment ce problème, un rapport de M. *Bellet* posait clairement l'alternative de l'application de la loi uniforme par l'intermédiaire des règles du droit international privé ou son application directe excluant tout recours préalable aux règles de conflit.[14] Différentes possibilités de réserver les conventions antérieures, ou même les règles de conflit nationales, étaient envisagées.

L'exclusion du recours préalable aux règles de droit international privé et une possibilité de réserve en faveur des conventions antérieures (art. IV) furent acceptées à une large majorité.[15]

La Conférence fut beaucoup plus divisée sur une proposition des délégations allemande et britannique de limiter l'application de la loi uniforme aux cas où le vendeur et l'acheteur auraient leur établissement prin-

[12] Conférence diplomatique sur l'unification du droit en matière de vente internationale, Actes et Documents de la Conférence, La Haye, 1966; Discussion: tome I, Actes, p. 17; Texte du projet, tome II, Documents, p. 213.

[13] Voir notamment *O. Riese,* Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts, RabelsZ. 1957, p. 16, spéc. p. 23–24. Sur l'évolution des travaux, voir aussi *K. H. Nadelmann,* Uniform Legislation Versus International Conventions Revisited, AJCL 1968, p. 28, spéc. p. 34. Voir aussi *H. Pohle,* Das IPR im Entwurf zum einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf, Diss. Fribourg, Düsseldorf, 1962.

[14] Documents, p. 251, Actes, p. 139.

[15] Actes, p. 146.

cipal ou leur résidence habituelle sur le territoire d'Etats contractants. Rejetée en commission, par 13 voix contre 10 et 2 abstentions,[16] elle ne succomba en séance plénière que par égalité de voix.[17] En revanche, une possibilité de réserve dans ce sens fut ouverte (art. III).

Une troisième possibilité de réserve (art. V) permettait de faire de la loi uniforme un simple contrat type applicable seulement en vertu d'un choix des parties à la vente.

B. La discussion doctrinale

19. L'opportunité de ces solutions a fait ensuite l'objet d'une vive discussion dont la polémique n'était pas toujours absente. Nous ne pouvons la reprendre et renverrons surtout aux principes posés dans son Cours par *A. Malintoppi,* à l'analyse très pénétrante de *F. Rigaux* et aux observations de *J. Kropholler.*[18]

Avec le recul nécessaire, l'on réalise ce que la prétendue opposition des «uniformistes» et des «conflictualistes» avait d'artificiel.

[16] Actes, p. 147.

[17] 11 pour, 11 contre et 2 abstentions, Actes, p. 275.

[18] *Malintoppi,* chap. II, p. 25; *Rigaux,* p. 81; *Kropholler,* p. 193, et les nombreux auteurs cités, notamment chez Rigaux, note 5, p. 68, et Kropholler, note 35, p. 194. Voir en outre les contributions suivantes: *A. Heldrich,* Die Haager einheitlichen Kaufgesetze, NJW 1974, p. 2156; *J. Honnold,* The Uniform Law for the International Sale of Goods: The Hague Convention of 1964, 30, Law and Contemporary Problems, 1965, p. 326, spéc. p. 332; *J. Kropholler,* Der «Ausschluss» des internationalen Privatrechts im einheitlichen Kausgesetz, RabelsZ. 1974, p. 372; *H.-G. Landfermann,* Neues Recht für den internationalen Kauf, NJW 1974, p. 685; *F. A. Mann,* Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht, JZ 1975, p. 14; *H. J. Mertens* et *E. Rehbinder,* Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den einheitlichen Kaufgesetzen, Frankfurt am Main, 1975; *O. Riese,* Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964, RabelsZ. 1965, p. 1, spéc. p. 9; *G. Witte-Wegmann,* Vereinheitlichtes materielles Recht für den internationalen Kauf, zum neuen Haager Kaufgesetz, Juristische Rundschau, 1975, p. 49, et le commentaire de M. *Dölle,* à paraître en 1976. Voir aussi *H. Bauer, op. cit.,* Revue critique 1966, p. 570. *F. Deby-Gérard, op. cit.* Nos 176 et s., p. 142; *H. Dölle,* Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964. Bearbeitet von *E. von Caemmerer* u. a., München 1976; *J. Hellner,* Einheitliches Kaufrecht und internationales Privatrecht, Gedächtnisschrift für A. Ehrenzweig, Karlsruhe 1976, p. 21; *F. Rigaux,* Théorie générale, No 279, p. 236, No 283, p. 238; *Ph. Francescakis,* compte rendu de Kropholler, Revue critique 1978, p. 244.

Il est évident, d'un côté, qu'il est préférable que la loi uniforme définisse elle-même son champ d'application plutôt que d'être appliquée à travers les dispositions d'une autre convention, ou pire encore, des règles de conflit nationales. En revanche, le champ d'application de la loi uniforme doit être déterminé par des techniques empruntées au droit international privé et selon des considérations de politique législative propres à ce dernier. Ce qui a choqué, ce n'est pas la prétention de la LUVI de définir son propre champ d'application, mais bien plutôt l'absence de toute délimitation de celui-ci. Ainsi beaucoup de délégations à la Conférence de 1964 ont senti qu'il ne convenait pas d'appliquer la loi uniforme même à des parties dont aucune n'aurait son établissement ou sa résidence habituelle dans un Etat contractant.[19]

C. Le champ d'application tel qu'il résulte du jeu des réserves

20. L'état des ratifications de la Convention portant loi uniforme sur la vente (Convention-LUVI) montre bien ce que la solution de principe retenue en 1964 avait d'excessif. Seul parmi les sept Etats qui ont ratifié la Convention, Israël n'a fait aucune réserve. Au contraire, la Belgique[20] et l'Italie ont réservé (art. IV) les conventions antérieures, en fait la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes d'objets mobiliers corporels. La République fédérale d'Allemagne, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et San Marino ont restreint le champ d'application aux cas où les deux parties ont leur établissement ou leur résidence habituelle dans un Etat contractant (art. III). Le Royaume-Uni a de plus fait la réserve de l'art. V prévoyant que la loi uniforme ne s'appliquerait que lorsque les parties l'auraient elles-mêmes choisie.

[19] Voir notamment *G. van Hecke*, Principes et méthodes de solution des conflits de lois, Recueil des Cours, tome 126, 1969 I, p. 399. On a reproché à ce système de conduire toujours à l'application de la *lex fori*. *F. Rigaux* (Nos 40 et 96, p. 82 et 108) fait remarquer qu'il s'agit tout de même de normes élaborées par une source de droit international. Voir aussi les interventions de MM. *Batiffol* et *Bellet*, dans Travaux du Comité français, 1964–66, p. 101, 103 et au contraire, p. 106, l'argumentation de M. *Tunc*, qui relève que l'application imprévue de la loi uniforme, débarrassée des «bizarreries et des règles traditionnelles» qui encombrent bien des législations, sera peut-être moins désagréable pour les parties que le recours à une loi nationale qu'elles n'avaient pas non plus prévue.

[20] Voir sur la procédure suivie en Belgique, *H. Rolin*, Les conventions de La Haye du 1er juillet 1964 et leur introduction dans le droit belge, Revue belge de droit international, 1971, p. 7.

21. Le résultat, en particulier de la réserve de l'article III, est, comme l'ont remarqué divers auteurs,[21] une restriction trop importante du champ d'application de la loi uniforme. En effet, l'on pourrait défendre avec de bons arguments une solution consistant à appliquer la loi uniforme chaque fois où, soit le vendeur, soit l'acheteur réside dans un Etat contractant. Une suggestion autrichienne dans ce sens n'a pas été retenue.[22] On n'a pas davantage accepté une proposition subsidiaire allemande d'appliquer la loi uniforme, non seulement lorsque les deux parties ont leur établissement dans un Etat contractant, mais aussi lorsque les règles de conflit du for conduisent à la loi d'un Etat contractant. Cette solution figure en revanche dans le dernier texte de la LUVI revisée par la CNUDCI.[23]

En fin de compte, la réserve de l'article IV prévoyant le détour par la Convention de La Haye de 1955 conduit à appliquer la loi uniforme beaucoup plus fréquemment que celle de l'article III. Mais la solution a nombre d'inconvénients.[24]

22. On ne peut que regretter que la Conférence de 1964 ne soit pas parvenue à élaborer des dispositions d'application satisfaisantes de la loi uniforme. Le comité de la CNUDCI semble à cet égard s'acheminer vers des résultats meilleurs. Pour le moment, force est de constater que – mise à part la réserve britannique qui en réalité enlève presque toute portée à une ratification – les trois solutions de l'application sans réserve, de la réserve des conventions existantes ou de la restriction aux Etats contractants ont toutes des défauts. Leur coexistence complique fortement la tâche du juge.

D. La portée de l'exclusion du droit international privé par l'article 2 LUVI

23. On remarquera enfin, avec nombre d'auteurs, que l'exclusion des règles du droit international privé prévue à l'article 2 de la LUVI n'a qu'une portée limitée. Outre les cas où il y est expressément renvoyé, le droit international privé du for s'appliquera également aux matiè-

[21] Notamment *Kropholler*, p. 195.

[22] Actes, p. 148, Documents, p. 257.

[23] Article premier al. premier (b); Yearbook of United Nations Commission on International Trade Law, 1974, vol. V, p. 51.

[24] Voir *infra*, N° 40.

res qui échappent totalement à la loi uniforme. Il en est de même si le juge ne parvient pas, dans le cadre de l'article 17, à interpréter la loi uniforme ou à en combler les lacunes par l'application des principes dont elle s'inspire. Les auteurs diffèrent d'ailleurs quant au moment auquel les règles de conflit peuvent ainsi intervenir.[25]

Chapitre II: Le champ d'application du droit uniforme

A. Le champ d'application *ratione materiae*

24. Savoir quelles questions l'on veut régler par du droit uniforme et lesquelles on veut laisser de côté, dépend essentiellement des particularités de chaque matière juridique. Quelques considérations d'ordre général sont tout de même possibles.

1. Réglementation d'une matière dans son ensemble et limitation de l'unification à l'indispensable

25. a) Il y a une certaine antinomie entre le souci d'éviter qu'une espèce ne soit régie en partie par le droit commun et en partie par des conventions («dépeçage») d'une part, et, d'autre part, la nécessité de limiter l'unification aux points sur lesquels elle est vraiment nécessaire et utile. On pourrait aussi invoquer la vieille maxime *divide et impera:* si un instrument est trop ambitieux et englobe trop de questions, les oppositions risquent de s'accumuler.

26. b) La vente internationale fournit ici encore matière à réflexions. Le lecteur non prévenu sera peut-être quelque peu déçu lorsque, dans la LUVI, il lira l'article 8:

> La présente loi régit exclusivement les obligations que le contrat de vente fait naître entre le vendeur et l'acheteur. Sauf exception formelle, elle ne concerne notamment pas la formation du contrat, ni les effets de celui-ci sur la propriété de la chose vendue, ni sa validité ou celle des clauses qu'il renferme, non plus que celle des usages.

[25] *Mann, op. cit.,* Juristen-Zeitung, 1975, p. 16; *H. Dölle,* Bemerkungen zu Artikel 17 des Einheitsgesetzes über den internationalen Kauf beweglicher körperlicher Gegenstände, Festschrift Ficker 1967, p. 138; *Kropholler, op. cit.,* RabelsZ. 1974, p. 381; sur les lacunes du droit uniforme en général, voir *Malintoppi,* chap. III, p. 66; *E. J. Cohn,* Einheitliches Kaufgesetz und internationales Privatrecht, JZ. 1975, 246, Schlusswort *F. A. Mann,* p. 248; *Deby-Gérard,* N° 183, p. 148.

Un examen plus approfondi permet de se rendre compte que la loi uniforme règle la plupart des questions qui se posent fréquemment dans la pratique. Les cas d'invalidité de contrats de vente pour vices de consentement, par exemple, sont plutôt rares. On sait cependant que plusieurs autres conventions visant à régler uniformément d'autres aspects de la vente internationale sont signées ou en voie d'élaboration. Enfin, les conflits de lois en matière de vente ont fait l'objet d'une convention de La Haye, du 15 juin 1955.

Quelles que puissent être les justifications historiques et pratiques d'une pareille abondance de conventions relatives à un même contrat, on peut tout de même se demander si cela a conduit à un système satisfaisant. Cela d'autant plus que, tout au moins entre les conventions portant loi uniforme et la convention sur les conflits de lois, la coordination n'est pas assurée.

27. c) A ce point de vue, les conditions générales régissant la fourniture de marchandises applicables par les organismes d'importation et d'exportation des pays membres du Conseil d'aide économique mutuelle (COMECON, Conditions générales de fourniture de 1968) sont plus convaincantes. Elles régissent tant la conclusion du contrat que ses effets. De plus, elles contiennent une règle de conflit renvoyant au droit du pays du vendeur pour les questions qui ne sont pas réglées par le contrat ou les conditions générales.[26] La LUVI, au contraire, abandonne les questions qu'elle ne règle pas au droit international privé particulier.[27]

2. Le choix des critères de délimitation

28. a) Au point de vue technique, le champ d'application *ratione materiae* devrait être délimité de façon assez précise pour être compris de la même façon dans tous les Etats contractants.[28] Etant donné la diversité des systèmes juridiques, cela n'est pas tâche facile et il est impossible d'atteindre une sécurité absolue. Mais l'on peut faire mieux que dans le traité franco-suisse de 1869 où l'expression simple «actions personnelles

[26] Article 110; voir *Katona, op. cit.,* Columbia Journal of Transnational Law, 1970, p. 279. Les parties ne peuvent pas désigner une âutre loi pour régir leur contrat.

[27] *Kropholler, op. cit.,* RabelsZ. 1974, p. 372.

[28] *A. E. von Overbeck,* Essai sur la délimitation du domaine des conventions de droit international privé, Ius et Lex, Festgabe für Max Gutzwiller, Basel 1959, p. 325.

et mobilières» est comprise de façon différente dans les deux Etats contractants.[29]

29. b) Certaines institutions sont connues dans le monde entier et ont dans tous les systèmes juridiques un sens assez semblable. Ainsi, une convention sur la vente,[30] ou sur l'adoption, peut se passer de plus de précisions, ou se contenter d'exclure certains types particuliers, tels que par exemple les ventes de détail au comptant *(Kauf über den Ladentisch),* ou les adoptions par des époux n'ayant ni la même nationalité, ni leur résidence habituelle dans le même Etat (Convention de La Haye sur l'adoption, de 1965, art. 2 lettre a). En revanche, d'autres expressions, par exemple «tutelle», désignent, selon le droit, des institutions totalement différentes.[31] C'est la raison pour laquelle la neuvième Session de la Conférence de La Haye a préféré à cette expression, qui figurait dans une Convention de 1902, celle très générale de «protection des mineurs». Le choix d'un terme nouveau, «autonome», non encore teinté de qualification nationale, est souvent utile. Mais l'on ne saurait méconnaître qu'il risque à son tour de ne pas être compris par tous de la même façon.

30. c) Des travaux préparatoires soigneux, fondés sur des recherches de droit comparé, devraient permettre d'éviter des divergences trop considérables.

Le projet de résolution de la 23e Commission pourrait attirer l'attention sur l'utilité de telles recherches et formuler quelques règles sur la délimitation du champ d'application *ratione materiae.*

B. Le champ d'application *ratione temporis*

Cette question se présente sous deux aspects.

1. Le moment déterminant pour une circonstance de rattachement ou d'applicabilité

31. a) Tout d'abord, dans les règles de conflits de lois uniformes, il s'agit de fixer avec précision le moment auquel chaque circonstance de

[29] Voir *G. Flattet,* Un traité centenaire: la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements, Revue critique, 1969, p. 577, spéc. p. 588; sur les conséquences, voir *infra,* No 77.

[30] Voir cependant les observations de *Ph. Kahn,* La convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, Clunet, 1966, p. 301, spéc. p. 306, placées d'ailleurs sous le titre d'application dans l'espace.

[31] *A. E. von Overbeck, op. cit.,* p. 334.

rattachement doit être prise en considération. Il faut dire, par exemple, si la nationalité au moment de rédiger un testament, ou au contraire au moment du décès du testateur, est déterminante. Ainsi, la Convention de La Haye sur la vente précise, à l'article 3, que s'applique la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. La définition peut aussi viser une certaine période plutôt qu'un moment: ainsi, dans les conventions de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, la loi applicable change lorsque le créancier modifie sa résidence habituelle.

32. b) Nous verrons ci-dessous que les «règles d'applicabilité» du droit uniforme empruntent des techniques du droit international privé. Comme les règles de conflit proprement dites, elles devront donc préciser le moment où la «circonstance d'applicabilité» doit exister.

2. Le moment où le droit uniforme doit être en vigueur

33. a) L'application du droit uniforme est aussi liée à l'entrée en vigueur, et éventuellement la dénonciation, de la convention qui l'introduit. Il est assez évident que la convention doit être en vigueur dans l'Etat du for, mais parfois elle doit l'être également dans un autre Etat contractant. Dans les conventions sur l'exécution des jugements, par exemple, la convention devra régulièrement lier l'Etat d'origine et l'Etat requis.

Au contraire, dans des conventions contenant des règles de conflit, cela n'est pas évident.[32] La Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, du 24 octobre 1956, avait omis de statuer si elle s'appliquait à des obligations alimentaires ayant leur cause (par exemple la naissance d'un enfant illégitime) dans des événements antérieurs à son entrée en vigueur dans l'Etat du for ou l'Etat de la loi applicable. Après quelques hésitations, la plupart des tribunaux se sont orientés vers la solution qui a été consacrée dans la nouvelle convention de 1973 (art. 12)[33]:

> La Convention ne s'applique pas aux aliments réclamés dans un Etat contractant pour la période antérieure à son entrée en vigueur dans cet Etat.

[32] Sur la convention de La Haye sur la vente, voir *Ph. Kahn, op. cit.*, Clunet, 1966, p. 316.

[33] *A. E. von Overbeck,* L'application par le juge interne des conventions de droit international privé, R.C.A.D.I., tome 132, 1971, I, p. 1, spéc. Nos 102 et s., p. 88.

On voit que seule importe ici l'entrée en vigueur dans l'Etat du for. Ceci est conforme à l'application générale des règles de la convention.[34]

34. b) La LUVI ne contient pas elle-même de clause de cet ordre. Celle-ci figure à l'article XI de la convention LUVI qui prévoit que la loi uniforme ne s'applique qu'aux contrats de ventes conclus à la date ou depuis la date de l'entrée en vigueur de la convention pour chaque Etat. Il eût été plus judicieux d'inclure cette règle dans la loi uniforme elle-même, les juges ou les particuliers risquant de ne pas connaître la convention cadre.

35. c) L'Institut ferait déjà œuvre utile en attirant l'attention sur la nécessité de régler ces questions relatives au temps, et de le faire clairement. Certains principes pourraient aussi être formulés. Par exemple, la jurisprudence relative à la Convention de La Haye de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires a fondé l'obligation alimentaire sur le lien de parenté, élément durable, plutôt que sur la conception ou la naissance. On pourrait en déduire le principe que des rapports durables tombent sous le coup du droit uniforme, dès l'entrée en vigueur de celui-ci, même s'ils ont leur origine dans des événements antérieurs.

C. Le champ d'application dans l'espace[35]

36. Nous verrons que ce problème fait le plus souvent l'objet de «règles d'applicabilité». Mais avant d'aborder celles-ci, nous examinerons deux autres procédés possibles.

1. Le choix du droit matériel uniforme par les parties

37. Les règles uniformes sont réduites au rôle de contrat type ou de conditions générales lorsqu'elles ne sont applicables que par suite d'un

[34] Voir *infra,* N° 80–81; voir aussi *Bleckmann,* p. 63, à propos de la convention de La Haye sur l'adoption.

[35] Voir, outre les ouvrages généraux de *Bleckmann, Kropholler, Malintoppi* et *Rigaux,* les rapports au VIIIe Congrès international de droit comparé, Pescara, 1970: *W. R. Haak* et *P. M. Storm,* The Spatially Conditioned Scope of Uniform Substantial Private Law in Force in the Netherlands, Netherlands Reports, Deventer, 1970, p. 183; *J. Jakubowski,* Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel, Rapport polonais, Varsovie, 1970, p. 82; *P. Lagarde,* Rapport français, *op. cit.* (Intr. n° 2); *N. Katicic,* Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel, Rapports nationaux yougoslaves, Beograd, 1970, p. 53; *F. Rigaux* et *M. Verwilghen,* Le champ d'applica-

choix des parties. C'est notamment ce que prévoit la réserve de l'article V de la Convention LUVI. L'engagement d'un Etat de permettre l'application d'une loi uniforme par choix des parties aurait en revanche une certaine portée s'il permettait d'écarter des dispositions impératives d'un Etat contractant dans des cas où le droit commun de celui-ci ne le permet pas. Mais l'article 4 de la LUVI dit précisément le contraire. Nous ne connaissons pas de convention qui donnerait une telle portée au choix d'un contrat type. Notons cependant que les nouvelles règles d'application proposées par le Protocole de 1969 pour la revision de la Convention de Bruxelles sur le connaissement, de 1924, prévoient, à côté d'autres circonstances d'applicabilité, le choix direct des «Hague Rules» par le connaissement.[36]

2. L'application du droit matériel uniforme par l'intermédiaire des règles de conflits

38. C'est le système de la «Vorschaltlösung». Ici, les règles matérielles de droit uniforme ne sont appliquées que si le système de conflit du for désigne un Etat qui les a introduites. On appliquera alors le droit uniforme tel qu'il a été adopté et interprété dans l'Etat en question. Ce procédé n'est évidemment concevable que pour le droit matériel uniforme.

39. a) L'applicabilité du droit matériel uniforme peut être déterminée par les règles de conflits particulières des Etats. Il en résulte qu'une même espèce ne sera pas soumise au même droit par les juges de divers Etats ayant introduit le droit matériel uniforme.

Les exemples ne sont pas très nombreux, le meilleur est sans doute celui de la Convention de Bruxelles de 1924 («Hague Rules») en matière de connaissement qui a donné lieu à nombre de controverses.[37]

Ce procédé peut d'ailleurs se combiner avec celui des règles d'appli-

tion dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel, Rapports belges, Bruxelles, 1970, p. 217. Voir aussi *E. Vitta,* International Conventions and National Conflict Systems, R.C.A.D.I., tome 126, 1969 I, p. 111, spéc. p. 187; *Deby-Gérard,* Nos 169 et s., p. 135; *Rigaux,* Théorie générale, Nos 276 et s., p. 233.

[36] Voir *R. Rodière,* Les domaines comparés des conventions d'unification du droit en matière de transports de marchandises, Miscellanea Ganshoff van der Meersch II, 1972, p. 899, spéc. p. 901; *Kropholler,* p. 187, note 12; voir aussi *infra,* No 58; *Deby-Gérard,* Nos 188 et s., p. 152.

[37] L'article 10 porte simplement: «Les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissement créé dans un des Etats contractants». Non seulement, le texte des «Hague Rules» n'est pas le même dans tous les pays, mais des règles de conflits nationales divergentes se sont développées. Voir *Kropholler,*

cation pour étendre le champ d'application de la loi uniforme. Ainsi le dernier projet de la CNUDCI sur la vente prévoit l'application de la loi uniforme, non seulement lorsque les deux Etats en jeu sont des Etats contractants, mais encore lorsque les règles de conflits du for conduisent à l'application du droit d'un Etat contractant.[38]

40. b) Il se peut encore que l'application du droit uniforme soit commandée par des règles de conflits d'une convention indépendante de la convention comportant loi uniforme. L'exemple le meilleur est celui qui résulte de la réserve de l'article IV de la Convention LUVI. Cette réserve est destinée à sauvegarder le fonctionnement de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes internationales de 1955. La combinaison des deux conventions est possible, certains auteurs la souhaitent même.[39] Elle a l'avantage d'introduire, pour les questions non réglées par la LUVI, un système uniforme de conflit. Mais la solution est loin d'être idéale, notamment parce que les deux instruments ne définissent pas de la même façon la vente internationale et posent des exigences divergentes en matière d'autonomie.[40] L'uniformité des décisions n'est assurée que dans le cercle des Etats parties à la Convention sur les conflits de lois.

41. c) Enfin, l'application du droit matériel uniforme peut être commandée par une convention sur les règles de conflits spécialement adaptée à la matière. C'est, on le sait, le système des lois uniformes sur les chèques et les lettres de change de 1930 et 1931.[41] Elles sont assorties de

p. 187; *Rodière, loc. cit.; F. A. Mann,* Kollisionsnorm und Sachnorm mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Reiser zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1974, p. 499, spéc. p. 505. Sur le droit des transports e.g., voir: Répertoire de droit international, mise à jour 1975, V° Transports, Transports aériens, etc.; *M. Simon-Depitre* et *C. Legendre,* La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes et le droit international privé, Clunet, 1967, p. 598; *J. C. Soyer,* Les aspects de droit international privé de la réforme du droit maritime, Clunet, 1969, p. 610; voir aussi la Convention relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages, signée à Athènes, le 13. 12. 1974, Revue de droit uniforme, 1975, I, p. 142, spéc. article 2, 17, 22.

[38] Voir Chap. I, note 23, *ad* N° 21.

[39] *Kropholler,* p. 195; *W. R. Sevig,* La vente internationale, la vente étrangère et la vente locale envisagées sous l'angle des lois uniformes et de la Convention de 1955 en matière de ventes internationales, Revue trimestrielle de droit commercial, 1966, p. 517, spéc. p. 533.

[40] *Rigaux,* N°s 82–85, p. 101.

[41] *Kropholler,* p. 185; *Y. Loussouarn* et *J.-D. Bredin,* Répertoire de droit international, V° Effets de commerce, N°s 16 et s.

conventions sur les conflits de lois, qui n'apportent cependant pas la solution de toutes les questions et laissent encore un champ d'application aux règles de conflits nationales. Ce procédé permet de donner au droit matériel uniforme le même champ d'application dans tous les Etats contractants. D'autre part, chaque Etat contractant n'aura qu'un seul système de droit international privé applicable dans tous les cas.

42. d) Il est difficile de nier que le droit uniforme désigné par les règles de conflits est appliqué en tant que droit d'un Etat étranger. En revanche, il n'est pas nécessaire d'en tirer la conséquence que ce droit ne pourrait pas être revu par les cours suprêmes. Telle est cependant la solution de la jurisprudence allemande et française.[42]

3. Observations générales sur les règles d'applicabilité

43. a) Les règles d'applicabilité contiennent un ou plusieurs critères qui, selon les cas, devront désigner un ou plusieurs Etats contractants, pour que le droit uniforme soit applicable. Ces critères peuvent être, soit une qualité d'une personne (résidence habituelle, nationalité), soit la situation d'une chose, soit encore un événement, tel que le transport d'une chose d'un pays à un autre. L'on parle aussi, à ce propos, d'«élément de rattachement avec les Etats contractants», ou de «*Zuordnungskriterien*».[43] Les critères utilisés par ces règles d'applicabilité sont précisément les circonstances de rattachement dont se sert le procédé des conflits de lois.[43a] Afin d'éviter toute confusion, on peut les dénommer «circonstances d'applicabilité».

44. b) Les règles d'applicabilité ont une double fonction lorsqu'elles

[42] *Kropholler,* p. 133; *G. Lagarde,* Portée internationale d'une interprétation nationale de la loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre, Mélanges Secrétan, 1964, p. 151; *P. Lagarde,* Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois? (à propos de l'arrêt Hocke de la Section commerciale du 4 mars 1963), Revue critique 1964, p. 235; Cour de cassation française, arrêt Hocke, 4 mars 1963, Revue critique 1964, p. 264; *E. von Caemmerer,* Rechtsvereinheitlichung und internationales Privatrecht, Probleme des europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt, 1966, p. 63, spéc. p. 85.

[43] Voir notamment *Bleckmann,* p. 57 et s., spéc. p. 65; *Kropholler,* p. 191, propose de dire selon les cas: «internationalitätsbestimmende oder kollisionsrechtliche Abgrenzungsnormen»; *G. Kegel,* Die selbstgerechte Sachnorm, Gedächtnisschrift für A. A. Ehrenzweig, Karlsruhe 1976, p. 51.

[43a] On peut donc, comme *Rigaux* (N° 59, p. 90), considérer les règles d'applicabilité comme un autre type de règles de droit international privé, ou au contraire, avec *Malintoppi* (N°s 38 et s., p. 53) y voir une autre catégorie de règles.

se rapportent à du droit uniforme ne régissant que les espèces internationales: elles définissent, d'une part, le caractère international et départagent, d'autre part, les espèces internationales tombant sous la convention de celles qui y échappent parce qu'elles ne présentent pas les liens voulus avec un ou plusieurs Etats contractants.

45. c) En ce qui concerne plus spécialement les règles conventionnelles sur la loi applicable, l'on pourrait penser à première vue qu'elles ne peuvent viser, de par la nature des choses, que des espèces internationales et qu'il est inutile de le préciser par une délimitation «interne». Néanmoins, la Convention de La Haye sur la loi applicable à la vente, par exemple, ne vise que les «ventes à caractère international», sans d'ailleurs définir ce caractère, sauf à dire qu'il ne peut pas résulter de la seule déclaration des parties. Cette précision était ici nécessaire: l'autonomie des parties ne saurait avoir pour effet de soumettre une vente purement interne du pays du for, ou une vente purement interne dans un autre pays, à une loi étrangère.

Il semble, en revanche, inutile de mentionner le caractère international dans une convention dont les dispositions ne prévoient que des rattachements objectifs, qui désigneront nécessairement tous le même droit si l'espèce est purement interne.

46. Dans des conventions de droit international privé qui ne se limitent pas à désigner la loi applicable, l'on ne veut parfois pas régler les cas purement internes. Ainsi, la Convention de La Haye sur l'adoption, du 15 novembre 1965, exclut de son champ d'application (art. 2, lettre a) les adoptions purement internes. Cette règle peut se justifier dans le contexte de cette Convention, notamment parce que ses dispositions sont facultatives dans ce sens que les Etats peuvent continuer à prononcer des adoptions non conformes aux règles de la Convention.

47. d) Enfin, les règles d'application «vers l'extérieur» ne sont pas nécessaires lorsque le droit uniforme s'applique sans égard aux liens que l'espèce peut avoir avec les Etats contractants. Tel est le cas pour la grande majorité des conventions modernes sur les conflits de lois. La désignation de la loi applicable se fait alors dans tous les cas en vertu des règles conventionnelles. Les anciennes règles de conflit particulières disparaissent. En revanche, l'absence de délimitation extérieure a été, à juste titre, critiquée à propos de la LUVI.

48. e) Les règles d'application ont un caractère unilatéral en ne définissant que le champ d'application du droit uniforme. Elles peuvent être utilisées pour du droit matériel uniforme applicable à toutes les espèces

internes ou internationales.[44] Leur domaine de prédilection est cependant celui du droit uniforme limité aux espèces internationales.

Comme nous l'avons remarqué, les critères utilisés par ces règles correspondent tout à fait aux circonstances de rattachement qu'utilisent les règles de conflits. Mais le procédé exprime plus clairement que ces dernières que les règles matérielles uniformes s'appliquent comme telles et non pas comme parties d'un droit national. Il n'y aurait alors pas lieu de tenir compte d'interprétations éventuellement divergentes dans d'autres Etats contractants.[45]

4. Types de règles d'applicabilité du droit uniforme

49. Nous pourrons dresser un catalogue des types de «règles d'applicabilité» en les illustrant par des exemples. Nous nous placerons pour cela au point de vue d'un Etat qui a ratifié la convention introduisant ou contenant le droit uniforme. Il est évident cependant que le juge d'un Etat non contractant peut aussi être appelé à tenir compte de ces règles d'applicabilité. Elles lui diront si, lorsque ses règles de conflit désignent un Etat contractant, il doit avoir recours à la loi uniforme ou au contraire au droit particulier de cet Etat. Nous partirons des solutions contenant les critères les plus restrictifs vers celles assurant une plus large application du droit uniforme.

50. a) Le système le plus restrictif est celui qui limite l'applicabilité du droit uniforme à des espèces n'intéressant que des Etats contractants. Il est notamment suivi par les Conventions CIV et CIM en matière de transport par chemin de fer.[46] Leurs dispositions ne s'appliquent qu'à des transports qui doivent être internationaux, dans ce sens qu'ils empruntent le territoire d'au moins deux Etats sur la base de titres de transport internationaux. D'autre part, il faut qu'il s'agisse de territoires d'Etats contractants et même de lignes figurant sur une liste établie en application de la Convention. Les limites «intérieures» et «extérieures» sont ainsi clairement posées. Pour les limites «intérieures», les Conventions contiennent encore certaines précisions, par exemple en cas de

[44] Voir *Kropholler*, p. 185, sur les avantages du système des règles de conflits bilatérales lorsqu'il s'agit de droit matériel uniforme applicable également aux espèces internes.

[45] Voir *von Caemmerer, op. cit.*, Festschrift Hallstein, p. 77.

[46] Sur les règles d'applicabilité différentes entre elles, des diverses conventions en matière de transports, voir *Rodière, op. cit.*

transports entre gares de deux Etats limitrophes exploitées exclusivement par les chemins de fer d'un de ces Etats.

51. Les conditions générales de fourniture des Etats membres du Conseil d'aide économique mutuelle sont également limitées aux fournitures entre ces Etats.

52. Dans le domaine du droit international privé, ce système est généralement suivi en matière d'entraide judiciaire et de reconnaissance et exécution des jugements. Citons encore la Convention de La Haye sur l'adoption, de 1965, qui exige que tous les intéressés soient ressortissants d'un Etat contractant et aient leur résidence habituelle dans un tel Etat.[47] Si, d'autre part, tous ces éléments sont réunis dans un même Etat, la Convention n'est plus applicable, l'adoption étant considérée comme interne (art. 2 lettre b).

53. b) Les règles d'applicabilité peuvent exiger une attache avec plusieurs Etats contractants, sans exclure cependant que des éléments importants de l'espèce se réalisent en dehors des territoires de ceux-ci. L'exemple le plus typique est la LUVI dans le régime introduit par la réserve de l'article III de la Convention. Cette réserve exige que les établissements des parties soient tous deux situés dans des Etats contractants différents. En revanche, les circonstances qui, selon l'article premier,[48] donnent un caractère international à la vente, peuvent se réaliser dans des Etats non contractants. Il peut par exemple s'agir d'une vente de marchandises devant être livrées du territoire d'un Etat non contractant dans un autre Etat également non contractant.

54. Le même système vaut pour la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente, mais les parties peuvent écarter les règles

[47] Voir *Bleckmann*, p. 55.

[48] L'article premier, alinéa premier, est ainsi rédigé:

«1. La présente loi est applicable aux contrats de vente d'objets mobiliers corporels passés entre des parties ayant leur établissement sur le territoire d'Etats différents, dans chacun des cas suivants:

a) lorsque le contrat implique que la chose fait, lors de la conclusion du contrat, ou fera l'objet d'un transport du territoire d'un Etat dans le territoire d'un autre Etat;

b) lorsque les actes constituant l'offre et l'acceptation ont été accomplis sur le territoire d'Etats différents;

c) lorsque la délivrance de la chose doit se réaliser sur le territoire d'un Etat autre que celui où ont été accomplis les actes constituant l'offre et l'acceptation du contrat.»

conventionnelles en choisissant la loi d'un Etat non contractant. Ce choix doit être valide, question à déterminer par le droit du for.[49]

55. c) Il peut aussi suffire que l'espèce ait une attache avec un seul Etat contractant qui peut être l'Etat du for ou un autre Etat.

Dans le domaine des transports, l'on peut donner l'exemple de la CMR. Pour qu'elle régisse un contrat de transport routier, il suffit que, soit le lieu de départ, soit le lieu de destination se trouve dans un Etat contractant.[50] Bien entendu, le transport doit être international et franchir une frontière.

56. La Convention de Varsovie sur le transport aérien est applicable même à un vol ayant son point de départ et d'arrivée dans un même Etat contractant, pourvu qu'une escale ait lieu dans un autre pays, même non contractant.[51] La Convention sur le contrat de voyage de 1970 est applicable pourvu que le siège du bureau de voyages ou le lieu où l'agent a agi soit situé dans un Etat contractant.[52]

57. Le projet de loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels s'applique lorsque les objets corporels ou le document qui les représente ont été remis sur le territoire d'un Etat contractant. [53] Il pose la limite «intérieure» suivante: «à moins que les deux parties aient, au moment de la remise, leur établissement dans ledit Etat».

58. Le Protocole de 1959 visant à reviser la Convention de 1924 sur le connaissement entre également dans cette catégorie, puisque la Convention s'applique à des connaissements relatifs à un transport de marchandises entre ports relevant de deux Etats différents.[54] Il suffit que le connaissement ait été établi dans un Etat contractant ou que le transport commence dans un port d'un tel Etat ou encore que le connaissement déclare les «Hague Rules» applicables.

[49] Voir Yearbook UNCITRAL, 1972, vol. III, p. 120, N° 6; texte de la Convention, Revue de droit uniforme, 1975, I, p. 118; *A. Giardina,* La prescrizione in tema di vendite internazionali: la Convenzione promossa dalle Nazioni Unite, Rev. di diritto internazionale privato e processuale, 1975, p. 465; *H.-G. Landfermann,* Das UNCITRAL-Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf, RabelsZ. 1975, p. 253, extrait de la convention, p. 342.

[50] Voir p. ex. Tribunal d'arrondissement de Rotterdam, 27. 4. 1971, Revue de droit uniforme, 1974, II, p. 224.

[51] Voir la critique de *R. Rodière, op. cit.*, p. 901.

[52] RabelsZ. 1968, p. 741, voir *ibid. O. Riese,* Der Entwurf eines internationalen Abkommens über den Reisevertrag und die Haftung der Reisebüros, p. 651.

[53] Revue de droit uniforme, 1975, I, p. 78, article premier, alinéa premier; Rapport, p. 92.

[54] Voir *supra,* N° 37, note 36, N° 39, note 37.

59. Pour le droit international privé, l'on peut citer la Convention de La Haye de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, qui exige que la loi désignée par les règles conventionnelles soit celle d'un Etat contractant. Signalons encore la Convention sur la protection des mineurs, du 5 octobre 1961. Elle est applicable à tous les mineurs, peu importe leur nationalité, ayant leur résidence habituelle dans un Etat contractant. Mais dans la mesure où elle attribue des compétences aux autorités nationales, cela ne vaut que pour les autorités d'Etats contractants (article 13).

60. d) Enfin, le système le plus extensif: les règles de droit uniforme sont appliquées par le for dans toutes les espèces qui se présentent.

Tel est le régime de la LUVI à défaut de réserve, qui a été vivement critiqué.[55] La délimitation du domaine extérieur tombe, on n'exige aucun lien quelconque de l'affaire avec l'Etat du for ou un autre Etat contractant. Il suffit que la vente ait un caractère international au sens de la loi uniforme, pour que celle-ci s'applique.

61. En revanche, ce système est également approuvé pour les conventions modernes en matière de conflits de lois (Conventions sur la loi applicable aux obligations alimentaires, de 1973, sur les testaments, de 1961, etc.).[56]

5. Dispositions particulières relatives au caractère international

62. a) Il va de soi que le caractère international peut être défini par une disposition distincte de celle qui limite l'applicabilité «vers l'extérieur», l'article premier de la LUVI fournit un bon exemple.[57]

Les déclarations prévues à l'article II de la Convention LUVI et reprises par d'autres conventions,[58] permettent à deux ou plusieurs Etats contractants de ne pas se considérer comme des Etats différents parce que leur droit interne est très semblable. Ces clauses ne semblent pas avoir été utilisées dans la pratique jusqu'à présent.

63. b) L'article 17 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, de 1973, pose également une limite «intérieure»:

Un Etat contractant dans lequel différentes unités territoriales ont leurs pro-

[55] Voir *supra*, N° 19.

[56] Voir *infra*, N°s 79–81.

[57] Voir le texte, *supra*, note 48.

[58] Voir, par exemple, la Convention sur la prescription de vente, article 34, Revue de droit uniforme, 1975, I, p. 136.

pres règles de droit en matière d'obligations alimentaires n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ses unités territoriales.

6. Esquisse d'appréciation des systèmes décrits

64. Si l'on fait abstraction de l'application par la volonté des parties, il faudra reconnaître que, en règle générale, le système des règles d'applicabilité figurant dans la Convention est préférable à celui du détour par les règles de conflits. Toutefois, des règles de conflits adaptées aux règles de droit matériel uniforme peuvent dans certains cas constituer une solution satisfaisante. Rappelons que ce système a l'avantage de régler, par une seule et même règle de conflits, l'application du droit uniforme et celle du droit particulier des Etats non contractants.

Il est, en revanche, assez difficile de donner une appréciation d'ensemble des critères retenus par les règles d'applicabilité, les solutions choisies étant, dans une large mesure, fonction de la matière réglée. La Commission pourrait néanmoins dégager certains principes en distinguant selon des catégories plus ou moins générales. Nous nous bornerons ici à ce propos à quelques considérations très provisoires.

65. a) Pour les règles de conflits de lois uniformes, le système de l'application générale à toutes les espèces jugées dans les Etats contractants semble devoir l'emporter. Au contraire, en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements, les deux Etats intéressés devront, en règle générale, être parties à la convention.

66. b) En ce qui concerne les règles de droit matériel uniforme, nous avons signalé les objections contre le champ d'application excessif de la LUVI dans sa forme pure. De façon très générale, les solutions moyennes, qui se contentent d'un lien avec un des Etats contractants, semblent les plus recommandables. Si la circonstance d'applicabilité est judicieusement choisie, de telles solutions conduiront à n'appliquer la règle uniforme que si celle-ci est en vigueur dans l'Etat avec lequel l'espèce a les liens les plus étroits. On satisfait ainsi un principe fondamental du droit international privé qui doit aussi valoir ici.

67. En revanche, nous avons vu que le régime de la réserve de l'article III de la LUVI, qui exige que les deux parties aient leur établissement dans un Etat contractant, est trop étroit.[59] Il conduit à écarter la loi uniforme dans des cas où, selon les règles de conflits du for, l'on applique la loi d'un Etat contractant, à titre de loi de la résidence habituelle du vendeur, par exemple.

[59] Voir *supra*, No 40.

68. Parmi les matières de conventions que nous avons signalées, le plus difficile a été de trouver la bonne solution pour les ventes internationales. Cela s'explique parce que les attaches de tels contrats avec divers Etats peuvent être multiples: établissement des parties, situation des marchandises, lieu de départ et de destination de celles-ci, lieu où l'on a contracté, lieu de réception de l'offre, etc.

69. En revanche, en matière de transport, le lieu d'expédition, le lieu de réception et le franchissement d'une frontière fournissent des critères qui s'imposent. L'on peut comprendre que l'application de la CIV et de la CIM, qui concernent en fait surtout les chemins de fer nationaux de chacun des Etats contractants, soit strictement limitée à ceux-ci. Toutefois, la vue de M. *Rodière,* selon laquelle dans toutes les conventions en matière de transport, tous les Etats intéressés devraient être parties, semble nettement trop restrictive.[60] Ainsi il estime que la solution de la CMR (lieu de départ ou lieu de destination dans un Etat contractant) peut causer des surprises pour les transporteurs venant d'Etats non contractants. Or, celui qui fait un transport international ne doit-il pas s'attendre à l'application de lois diverses? La surprise de se voir soumis au régime conventionnel du pays de départ ou d'arrivée n'est pas plus grande que les surprises qui peuvent résulter de l'application de règles de conflits nationales divergentes en matière de transports.

Chapitre III: La réciprocité et les réserves

70. La portée de la réciprocité et le sens même de ce mot ont donné lieu à nombre de malentendus et de controverses.[61] L'Institut de Droit international pourrait utilement clarifier ces questions.

[60] *Op. cit.,* p. 904.

[61] La disposition suivante figurant dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur la déclaration de décès de personnes disparues donne à «réciprocité» un sens encore différent de ceux dont il sera question ci-dessous:

«b) Aucune disposition de la présente convention ne doit être interprétée comme portant atteinte, en ce qui concerne les cas prévus par la convention, à l'application du principe de la réciprocité ou des accords en vigueur entre les parties à la convention relative à la reconnaissance et à l'exécution mutuelles d'actes ou de jugements étrangers ou, d'une façon générale, comme interdisant une pratique plus libérale.»

L'on semble avoir pensé ici à une entraide fondée sur la réciprocité et allant au delà des obligations conventionnelles.

A. La réciprocité dans l'application du droit non conventionnel

71. Certains droits et certaines décisions sont subordonnés à la condition que, dans un cas inverse, un autre Etat intéressé accorde les mêmes droits ou rende les décisions correspondantes. On peut donner les exemples suivants:

1. Reconnaissance et exécution de jugements

72. Dans beaucoup de systèmes juridiques, une décision étrangère n'est reconnue et exécutée qu'à condition qu'une décision correspondante de l'Etat requis soit susceptible de reconnaissance ou d'exécution dans l'Etat d'origine.[62] Il est très difficile pour un juge de procéder avec certitude à cette vérification, aussi ne faudra-t-il tout au moins pas se montrer trop exigeant.[63]

La solution est mauvaise au fond, car elle peut très bien se retourner contre les intérêts de l'Etat qui refuse la reconnaissance et l'exécution, par exemple lorsque la personne qui demande l'exécution est son ressortissant ou a son domicile sur son territoire.[64] Techniquement, elle est réalisable, car il ne peut y avoir de doute sur l'ordre juridique étranger qui est pris en considération pour la réciprocité: c'est celui de l'Etat dont émane le jugement que l'on demande de reconnaître ou d'exécuter.

2. Condition des étrangers

73. La réciprocité joue un rôle particulièrement important dans la condition des étrangers (au sens français). C'est uniquement sous cet aspect que M. *A. Françon* traite de la question.[65] *B. Goldman* pense également, abstraction faite de la question de l'exequatur, pouvoir limiter à la condition des étrangers le problème de la réciprocité.[66] Ainsi, l'Etat

[62] Voir notamment l'article 328, alinéa premier, chiffre 5, du CPC allemand et de nombreux codes cantonaux suisses; *J. G. Castel,* Le principe de la réciprocité et l'exécution des jugements français aux Etats-Unis, Revue critique 1953, p. 317.

[63] Voir p. ex. *R. A. Schütz,* Zur partiellen Verbürgung der Gegenseitigkeit bei der Anerkennung ausländischer Zivilurteile, NJW 1973, p. 2143.

[64] Voir notamment *G. Holleaux,* Travaux du Comité français de droit international privé (*infra,* note 6), p. 90.

[65] Répertoire de droit international, V° Réciprocité.

[66] Réflexions sur la réciprocité en droit international, Travaux du Comité français de droit international privé, 23e à 25e année, 1962–64, Paris, 1965, p. 61, spéc. p. 65.

dont la législation doit remplir les conditions de réciprocité est désigné par la nationalité de celui qui veut obtenir un droit dans le for. Ici, du moins aussi longtemps qu'il ne s'agit pas d'apatrides ou de doubles nationaux, le jeu de la réciprocité n'offre pas non plus, techniquement, de difficulté.

3. Conflits de lois

74. En matière de règles de conflits de lois, l'exigence de la réciprocité est concevable, mais exceptionnelle. *E. Vitta*[67] en donne quelques exemples législatifs, dont le plus connu est probablement l'article 25 EGBGB. Seul *Niboyet*, à l'article 26 du tout premier avant-projet qui porte son nom, ne voulait appliquer la loi étrangère désignée par les règles de conflit françaises que si, dans un cas inverse, les règles de conflit de ladite loi donnaient compétence au droit français.[68] *W. Wengler* a étudié la réciprocité des situations juridiques mais sans, semble-t-il, exiger celle-ci à défaut de règle expresse.[69] Ce principe a été introduit à l'égard des pays non membres de l'Union par l'article 6 des diverses versions de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

B. La réciprocité dans les conventions[70]

1. Observations générales

75. Le fait même de conclure une convention sur une matière quelconque implique une idée de réciprocité, de *do ut des*. Un Etat s'engage à accorder certains droits à des étrangers, à exécuter des jugements, à appliquer une règle de conflit ou une règle matérielle uniforme à condition qu'un ou plusieurs autres Etats en fassent de même. L'avantage qu'il y

[67] Le clausole di reciprocità nelle norme di conflitto, Multitudo legum ius unum, Mélanges Wengler, Berlin 1973, p. 849, spéc. p. 856.

[68] Voir *Goldman, op. cit.*, p. 66: «Solution absolument insoutenable»; *F. Knöpfler*, Les nouvelles conventions de La Haye de droit international privé, Neuchâtel, 1968, p. 38.

[69] Die Gegenseitigkeit von Rechtslagen im internationalen Privatrecht, Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, Berlin, 1968, p. 211.

[70] Voir en général *J.-P. Niboyet*, La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé, RCADI, tome 52, 1935, II, p. 253; *M. Virally*, Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain, RCADI, tome 122, 1967, III, p. 1; *Bleckmann*, p. 57; *Kropholler*, p. 287.

trouve est de voir reconnaître des droits à ses propres nationaux, exécuter ses jugements, ou encore de voir introduire du droit uniforme dans le cadre des Etats contractants. L'on voit d'emblée que le «sacrifice» que fait un Etat en accordant des droits à des étrangers ou en exécutant des jugements, trouve une contrepartie.

En revanche, dans le cas des règles de conflit ou des règles matérielles uniformes, l'avantage acquis est moins immédiatement apparent. Il peut s'agir de règles sur lesquelles on a certaines hésitations, mais on les accepte à cause des avantages d'un régime uniforme, et aussi parce qu'elles remplacent des règles particulières d'autres Etats contractants que l'on désapprouve.

Dans d'autres cas, le contenu du droit uniforme est considéré comme un réel progrès qui s'ajoute aux avantages de l'unification. L'idée de réciprocité passe alors à l'arrière-plan pour faire place à celle d'une législation commune et meilleure.[71]

Les observations générales qui viennent d'être faites montrent déjà que, selon la nature de la convention, le jeu de la réciprocité s'imposera, ou au contraire sera douteux, voire même impossible.

2. La réciprocité dans les divers types de conventions

a) Les conventions sur la reconnaissance et l'exécution des jugements

76. La réciprocité semble s'imposer ici. On peut assimiler à ces conventions les traités sur l'entraide judiciaire prise au sens le plus large et sur la compétence des autorités. Toutes ces conventions mettent en jeu des rapports d'Etat à Etat et les obligations doivent en principe être les mêmes pour chacune des deux parties contractantes. Ainsi les conventions définiront de la manière la plus précise les décisions pouvant être exécutées quant à la matière à laquelle elles se rapportent, aux tribunaux dont elles émanent, etc. La difficulté de définir assez exactement cette réciprocité sur un plan multilatéral a conduit à concevoir, pour la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution, de 1971, le système de la «bilatéralisation».[72]

[71] *Kropholler,* p. 185, note 6.

[72] Actes et Documents de la Session extraordinaire, 1966, p. 143, 362; *F. Majoros,* Systeme der «Bilateralisation» von multilateralen Konventionen, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1973, p. 4; *P. Treves,* Il meccanismo della «bilateralizzazione» e gli effetti obbligatori della convenzione dell'Aja sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere, Riv. diritto internazionale privato e processuale, 1969, p. 174.

77. A propos d'une question de compétence judiciaire, une récente affaire française a mis en lumière un problème intéressant: Un juge doit-il se borner à appliquer le texte de la convention tel qu'il a été publié dans son Etat – tout en s'efforçant de contribuer à une interprétation uniforme que certains textes récents postulent expressément – ou peut-il assurer une «réciprocité concrète» en tenant compte de la façon dont la convention est comprise dans un autre Etat contractant? Les juges de Nanterre ont pensé pouvoir répondre par l'affirmative dans une espèce mettant en jeu le traité franco-suisse du 15 juin 1869.[73] Par une différence patente d'interprétation, l'on soumet, en France, les actions d'état au traité, alors que tel n'est pas le cas en Suisse. Or, se fondant sur l'interprétation française, on soulevait en France l'incompétence des tribunaux français. Les juges français, se fondant sur l'article 55 de la Constitution de 1958, ont pensé qu'ils pouvaient vérifier si, en l'espèce, la réciprocité concrète (ou «trait par trait») était donnée. M. *Lagarde* pense, à juste titre, que le juge a été au delà de ses compétences.

b) Condition des étrangers

78. Les Etats, notamment par les nombreux traités d'établissement, garantissent réciproquement certains droits à leurs nationaux. Ici encore, la prestation et la contre-prestation sont claires.

c) Conventions sur la loi applicable

79. Dans ce domaine, la notion de réciprocité a donné lieu à des malentendus, que M. *Majoros* a relevés à juste titre.[74] En fait, l'on a confondu réciprocité et condition d'applicabilité. L'on a opposé les conventions contenant des règles d'applicabilité exigeant certains liens avec au moins un Etat contractant, et les conventions d'application générale.[75] On a dit que les premières étaient basées sur la réciprocité, mais non les secon-

[73] Tribunal de grande instance de Nanterre, 1re Chambre, 18 septembre 1974, Revue critique, 1975, p. 115. Voir *P. Lagarde*, La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux: son appréciation par le juge interne, Revue critique, 1975, p. 25. Selon une opinion rapportée par *B. Goldman (op. cit.*, p. 82), seule la supériorité du traité par rapport à la loi interne disparaîtrait du fait de l'absence de réciprocité. Le législateur pourrait alors déroger au traité par une loi que le juge serait tenu d'appliquer.

[74] Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye, Clunet, 1974, p. 73.

[75] *Supra*, Nos 43 et s.

des.[76] En fait, il y a dans toutes les conventions un élément général de réciprocité: l'on renonce mutuellement aux anciennes règles de conflit pour en introduire une nouvelle, commune. Mais dans la première catégorie des conventions, le nouveau régime doit être restreint au cercle des Etats contractants. Rappelons l'exemple de la convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, de 1956, qui ne s'applique que lorsque la loi désignée (en fait la loi de la résidence habituelle de l'enfant) est celle d'un Etat contractant. Les clauses finales sont d'ailleurs rédigées de façon à limiter le cercle de ceux-ci.[77]

80. Au contraire, un bon exemple de la seconde catégorie est la nouvelle convention sur la même matière, du 2 octobre 1973. Son article 3 porte:

> La loi désignée par la convention s'applique indépendamment de toute condition de réciprocité même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant.

La formule marque bien qu'il s'agit de la solution contraire de celle retenue en 1956. Mais cette formule, dérivée à son tour de celle de la convention sur la forme des testaments, de 1961, semble bien être à l'origine des malentendus dont il vient d'être question! Elle avait été choisie de préférence à la formule d'application générale de l'article 7 de la convention sur la vente, du 15 juin 1955:

> Les Etats contractants sont convenus d'introduire les dispositions des articles 1–6 de la présente convention dans le droit national de leur pays respectif.

Ce texte avait à tort été interprété dans le sens que la convention ne serait pas *self-executing*.

81. Tant la solution restrictive de la convention précitée de 1956, que les formules larges des autres conventions ont trait à l'applicabilité. Elles ne se rapportent pas à la réciprocité au sens technique (c'est-à-dire allant au delà de l'idée générale de réciprocité inhérente à tout traité). L'étude de l'effet réciproque des réserves le démontrera.

On devrait donc, plutôt que de conventions fondées ou non sur la réciprocité, parler de conventions limitant leur champ d'application et de conventions sans une telle limitation, ou d'application générale. La clause

[76] Voir p. ex. Rapport de *M. Verwilghen* sur les obligations alimentaires, Actes et Documents de la Douzième session, 1972, tome IV, p. 434, Nos 134 et 135, voir aussi le Rapport de la Commission spéciale, *ibid.*, p. 104, Nos 20–24; Actes et Documents de la Neuvième session, 1960, tome I, p. 249: résolution sur les lois modèles.

[77] Voir la critique de *F. Knöpfler, op. cit.*, p. 34, et *Verwilghen, loc. cit.*

précisant ce caractère (qui n'est pas nécessaire, mais certes utile pour éviter que des juges n'introduisent des limitations non prévues par le texte) devrait éviter de faire allusion à l'absence de réciprocité.

d) Conventions introduisant des règles matérielles uniformes

82. En ce qui concerne enfin les conventions introduisant des règles de droit matériel uniforme, la réciprocité basée sur la nationalité de l'intéressé joue un rôle relativement important dans le droit de la propriété intellectuelle. Au contraire, la LUVI et la Convention sur la prescription en cas de vente excluent expressément la prise en considération de la nationalité.

Pour le reste, ce qui est parfois désigné comme réciprocité est ici aussi le plus souvent une question d'applicabilité.[78] C'est encore en examinant l'effet de réserves à de telles conventions que nous pourrons nous rendre compte si elles peuvent être appliquées de manière strictement réciproque.

C. La question de l'effet réciproque des réserves

83. En faisant une réserve, un Etat fait une entorse à la réciprocité – ou si l'on préfère à l'égalité de prestations – sur laquelle est bâtie la convention. Il n'est pas toujours facile, à défaut de dispositions expresses de la convention, d'apprécier de quelle façon cela affecte les obligations d'un autre Etat. Il paraît expédient ici de traiter, d'une part, les conventions sur le droit international privé et, d'autre part, celles introduisant des règles de droit matériel uniforme.

1. Les conventions de droit international privé

84. Pour les Conventions de La Haye, le problème a été étudié par *G. A. L. Droz*[79] et par *E. Majoros*.[80] Ces deux auteurs partent de l'article 21 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 22 mai 1969, qui pose le principe de la réciprocité des réserves. Nous discuterons ici quelques exemples intéressants.

[78] Voir *Rigaux*, N° 39, p. 82.

[79] Les réserves et les facultés dans les conventions de La Haye de droit international privé, Revue critique, 1969, p. 381.

[80] *Op. cit.*, Clunet, 1974, p. 73.

a) Point de départ de l'examen

85. M. *Majoros* soutient que les formules d'application générale n'ont pas directement trait à l'effet des réserves.[81] Toutefois, se fondant sur la place qu'occupe une disposition de ce genre dans la Convention sur la forme des testaments, il pense finalement qu'elle amènera le juge à admettre que les réserves se rapportant directement aux articles qui la précèdent ne déclenchent pas la réciprocité.

Il est clair, à notre avis, que les dispositions en question n'ont trait qu'à l'application générale et n'ont pas entendu viser l'effet des réserves. La question de savoir si l'une ou l'autre réserve déclenche la réciprocité devra être résolue en vertu de critères moins formels et propres à chaque matière. D'autre part, on verra que dans certains cas, la réciprocité ne pourra pas jouer faute d'un critère rattachant l'espèce dans laquelle elle devrait avoir effet à l'Etat ayant fait la réserve.

b) Exemples de réserves réciproques

86. Lorsque des conventions sur la reconnaissance ou l'exécution des jugements permettent l'exclusion, au moyen d'une réserve, de certaines décisions, l'effet de réciprocité est assez évident. Ainsi, l'article 18, al. premier, de la Convention sur l'exécution en matière alimentaire de 1958 permet d'exclure les décisions rendues au for du créancier. L'article 26 de la Convention correspondante de 1973 ouvre une réserve à l'encontre de décisions sur les obligations alimentaires entre certains créanciers ou ne prévoyant pas de prestations périodiques. Les deux dispositions consacrent expressément la réciprocité: les décisions correspondantes de l'Etat ayant fait la réserve ne devront pas être exécutées. Même sans dispositions expresses, la même chose doit valoir pour certaines réserves d'autres conventions. Dans la Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, de 1970, par exemple, la réserve de l'article 24 al. 2, qui permet de ne pas appliquer la convention à un divorce ou une séparation de corps acquis avant la date de l'entrée en vigueur pour l'Etat de reconnaissance, semble être réciproque (le rapport de MM. *Bellet* et *Goldman* laisse la question ouverte).[82] On peut aussi admettre que la réserve de l'article 19, ch. premier, de la même Convention, permettant dans certains cas d'introduire le contrôle de la loi appliquée, peut être

[81] *Op. cit.*, p. 102; voir ces formules, *supra*, N° 80.

[82] *Droz, op. cit.*, N° 40, p. 404; *Bellet* et *Goldman*, Actes et Documents de la Onzième session, tome II, p. 214.

réciproque.[83] La Convention sur les accords d'élection de for, du 25 novembre 1965, a encore trait aux tribunaux des Etats contractants. Aussi, la réserve de l'article 12:

> Tout Etat contractant peut se réserver de ne pas reconnaître les accords d'élection de for passés entre des personnes qui, au moment de la formation desdits accords, étaient ses ressortissants et avaient leur résidence habituelle sur son territoire.

pourrait-elle être considérée comme réciproque.[84]

c) Exemples où la réciprocité est possible, mais n'interviendra pratiquement pas

87. Dans certains cas, une réciprocité serait théoriquement concevable, mais elle est pratiquement sans effets. Ainsi, la réserve de l'article 20 de la Convention de 1970 sur la reconnaissance des divorces est ouverte aux Etats dont la loi ne connaît pas le divorce; or de tels Etats ne rendront jamais de jugement de divorce dont la reconnaissance pourrait être affectée par la réciprocité![85]

L'article 22 de la Convention de La Haye sur l'adoption, de 1965, que M. *Majoros* considère comme donnant ouverture à réciprocité,[86] constitue un autre exemple. Il a été prévu à l'intention d'Etats qui sont opposés à une compétence fondée purement sur la nationalité des adoptants, alors que l'enfant a une autre nationalité et sa résidence habituelle dans l'Etat de reconnaissance. Un tel Etat n'exercera guère lui-même une compétence qu'il désapprouve.[87]

d) Un exemple où il y a doute (Art. 11 de la Convention de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires)

88. Une réserve qui peut prêter à des doutes est celle de l'article 11 de la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers

[83] Dans ce sens, *Majoros, op. cit.*, p. 504, hésitant *Droz, op. cit.*, N° 39, p. 404.

[84] *Droz, op. cit.*, N° 38, p. 403; *Majoros, op. cit.*, p. 104.

[85] *Droz, op. cit.*, N° 35, p. 402.

[86] *Majoros, op. cit.*, p. 103.

[87] (Novembre 1978). A la réflexion, nous ne pouvons maintenir le point de vue exprimé dans le texte. En effet, la réserve est dirigée contre une adoption étrangère, qu'elle permet de ne pas reconnaître. Mais cela n'empêche pas l'Etat qui a fait la réserve de se déclarer compétent dans le cas inverse, au contraire. La Convention l'y oblige même puisqu'elle prévoit sans restrictions la compétence des autorités nationales (art. 3 alinéa 2)!

La question est devenue plus actuelle du fait que la Convention est entrée en

les enfants de 1956 qui permet de ne pas appliquer la Convention aux enfants adoptifs. M. *Majoros* considère la réciprocité comme évidente,[88]

vigueur le 23 octobre 1978 entre l'Autriche, le Royaume-Uni et la Suisse, et que ce dernier pays a fait la réserve de l'article 22. Il s'ensuit que la Suisse ne sera pas tenue de reconnaître une adoption faite en Autriche, par des époux autrichiens, dont un au moins a sa résidence habituelle dans un autre Etat contractant, lorsque l'enfant est anglais et a sa résidence habituelle en Suisse. En revanche, les autorités suisses devront prononcer une adoption par des époux suisses, dont un au moins a sa résidence habituelle dans un autre Etat contractant, même si l'enfant est anglais et a sa résidence habituelle en Autriche. Elles prononceront donc une adoption exactement dans les conditions qu'elles n'avaient pas admises pour l'Autriche! C'est au stade de la reconnaissance de cette adoption suisse que pourrait se poser, pour l'Autriche, la question de la réciprocité. Au point de vue formel, celle-ci pourrait, semble-t-il, jouer. Mais pourquoi les autorités autrichiennes invoqueraient-elles cette réciprocité, alors que leur pays, en s'abstenant de faire la réserve lui-même, a montré qu'il ne voyait pas d'inconvénient à des adoptions de ce genre? On pourrait encore opposer à la réciprocité qu'elle n'a pas été formellement prévue, alors que tel est le cas dans d'autres conventions de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution (par exemple, art. 18 alinéa 2 de la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, du 15 avril 1958; art. 26, alinéa 2 de la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires, du 2 octobre 1973).

En réalité, la réserve aurait dû être dirigée non pas contre la reconnaissance d'adoptions par les autorités nationales, mais contre la compétence nationale à la fois directe et indirecte. Dans notre exemple, l'adoption ne pourrait alors pas avoir lieu en Suisse, si bien que la question de la réciprocité ne se poserait pas.

En fait, le problème a été très exactement vu par les observations luxembourgeoises à l'avant-projet de la Commission spéciale du 29 mars 1963. (Actes et Documents de la Dixième session, Tome II, Adoption, p. 128). Le rapporteur (le Luxembourgeois Maul) et d'autres délégués intervinrent pour prévoir une réserve contre la compétence nationale même. Ils ne furent pas suivis et l'on décida au contraire de déplacer la disposition sur la réserve de l'article 3, relatif à la compétence directe, à l'article 10 sur la reconnaissance, pour en faire finalement un article distinct. (*Op. cit.*, p. 225–227, 363, 430). Le délégué autrichien Edlbacher chercha encore en vain à faire supprimer cette réserve en relevant les effets assez curieux qu'elle pouvait avoir dans des adoptions intéressant deux Etats dont l'un aurait des règles restrictives en matière d'adoption. (*Op. cit.*, p. 385).

Il est douteux que le résultat de cette réserve corresponde entièrement aux voeux des délégations norvégienne et danoise, qui l'avaient demandée. Il s'avère une fois de plus que les réserves sont souvent faites par d'autres Etats que ceux qui les avaient demandées, comme en l'espèce par la Suisse. Le Message du Conseil fédéral du 12 mai 1971 (BBl. 1971 I p. 1165, spéc. p. 1174) voit dans l'article 22 une disposition protectrice de l'enfant contre une adoption dans un pays avec lequel l'espèce ne présente pas suffisamment d'attaches.

[88] *Op. cit.*, p. 100.

tandis que M. *Droz* ne se prononce pas. L'exemple est intéressant parce qu'il s'agit là d'une convention dont l'applicabilité est limitée aux cas où la loi désignée est celle d'un Etat contractant, donc «fondée sur la réciprocité» selon une terminologie que nous avons critiquée.[89] Mais on voit ici que ce caractère de «réciprocité» n'entraîne pas nécessairement l'effet réciproque de la réserve. L'exclusion des enfants adoptifs par un Etat contractant aura évidemment des effets devant les tribunaux de celui-ci. Mais pour les autres Etats, signifie-t-elle qu'ils ne doivent pas appliquer la convention à un enfant adoptif dans un ou plusieurs des cas suivants:

– lorsque la loi désignée par la convention (résidence habituelle de l'enfant) est celle de l'Etat ayant fait la réserve;
– lorsque l'enfant a la nationalité dudit Etat;
– lorsque l'adoption a été prononcée dans l'Etat en question;
– lorsque le débiteur d'aliments a sa résidence habituelle dans ledit Etat ou en est ressortissant ?

Parmi ces divers éléments, seul celui basé sur la loi désignée trouve à première vue un fondement dans l'article 6 de la Convention. On pourrait soutenir que, lorsque la demande émane d'un enfant adoptif, la loi de l'Etat qui a fait la réserve n'est pas la loi d'un Etat contractant. Les autres Etats contractants n'appliqueraient donc pas la loi de l'Etat ayant fait la réserve lorsque l'enfant y a sa résidence habituelle. Mais qu'y gagneraient-ils ? C'est ici qu'intervient le but visé par la convention: la protection des enfants. Un tel exercice de la réciprocité irait à l'encontre de ce but. En effet, d'après la Convention, l'enfant a deux chances d'obtenir des aliments: en premier lieu selon la loi de sa résidence habituelle, puis si celle-ci refuse tout aliment, selon la loi désignée par les règles nationales de conflit de l'autorité saisie (ar. 3). Si, en raison de la réserve, la Convention, et donc la loi de la résidence habituelle, ne s'appliquait plus, l'enfant perdrait une de ces deux chances! Cela est contraire, non seulement au but de la Convention, mais aussi, dans bien des cas, notamment si l'enfant a une autre nationalité que celle de l'Etat qui a fait la réserve, aux intérêts d'autres Etats contractants. Des objections analogues pourraient être opposées aux autres «points d'attaque» de la réserve. Permettre enfin au juge de choisir entre ces divers critères entraînerait une incertitude très regrettable.[90]

[89] *Supra,* Nos 79–81.

[90] Voir sur la réciprocité à propos de l'article 2 de la même Convention, *A. E. von Overbeck, op. cit.,* RCADI, 1971, I, tome 132, Nos 36 et s., p. 36.

e) Réciprocité exclue (conventions d'application générale)

89. Dans le cas de conventions dont les règles de conflit remplacent complètement le droit existant, l'exclusion de la réciprocité est assez évidente. Cela contrairement à nombre d'exemples donnés par M. *Majoros*.[91] Celui-ci concède que certaines réserves de la Convention sur la forme des testaments ne sont pas réciproques, mais prétend qu'il en est bien ainsi pour les articles 12 et 13. Les explications de M. *Droz* montrent à l'évidence que, pour le testament non plus, l'on ne voit pas à quel élément rattacher la réciprocité.[92] Elles valent, *mutatis mutandis,* pour toutes les réserves à cette Convention.

On pourrait avoir le plus de doutes pour la réserve de l'article 13 permettant de ne pas appliquer les règles conventionnelles à des dispositions testamentaires antérieures à l'entrée en vigueur de la Convention. M. *Majoros* rapproche les testaments des jugements de divorce exclus par l'article 24 de la Convention de 1970 sur le divorce. Mais dans cette dernière Convention, la réciprocité frappe un jugement émanant d'un Etat bien précis. En matière de testaments, au contraire, plusieurs lois peuvent valider l'acte, peu importe qu'elles soient des lois d'un Etat contractant ou non, et dans ce dernier cas qu'elles soient les règles de conflit de cet Etat. Comment alors pénaliser un testament qui a des attaches avec un Etat ayant fait une réserve ? Faut-il faire resurgir pour ce cas les anciennes règles de conflit particulières que l'on croyait remplacées par celles de la Convention ? Nous devons maintenir, malgré la critique de M. *Majoros*, l'argument que l'on ne peut pas traiter plus mal un Etat qui aurait adhéré avec des réserves qu'un Etat qui n'est pas partie du tout à la convention.[93]

f) L'avant-projet de la CEE sur les obligations

90. L'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles de la CEE confirme notre conclusion. Il reprend en son article 24 la formule des dernières conventions de La Haye pour exprimer que les règles de conflit sont d'application générale.[94] Ce projet ne prévoit pas de réserves proprement dites, mais une

[91] *Op. cit.*, p. 103.

[92] *Op. cit.*, N° 34, p. 401.

[93] *A. E. von Overbeck, op. cit.*, RCADI, 1971, I, tome 132, N° 33, p. 34; *Majoros, op. cit.*, p. 99.

[94] Le rapport de *M. Giuliano*, chap. premier, N° 6, définit ainsi le caractère des règles du projet: «Il est apparu au groupe que l'objet des travaux devrait essen-

possibilité pour les Etats de modifier unilatéralement leur droit après des consultations avec leur partenaire. Il semble que l'on puisse déduire de l'ensemble du texte qu'une pareille modification n'aura pas d'effet de réciprocité, que simplement l'unification que l'on a recherchée sera un peu moins parfaite. La défection partielle d'un partenaire ne doit pas conduire, par le jeu de la réciprocité, à restreindre l'unification dans d'autres Etats et à obliger les juges de ceux-ci d'avoir de nouveau un double système de règles.

g) Conclusions

91. Les réserves n'ont donc pas d'effet réciproque lorsque les règles de conflit sont d'application générale, c'est-à-dire qu'elles régissent toutes les espèces jugées dans les Etats contractants. La même conclusion peut s'imposer à propos de certaines conventions comportant des règles d'applicabilité plus restrictives (exemple de la Convention de 1956 sur les obligations alimentaires).

Au contraire, les réserves aux conventions en matière de reconnaissance et d'exécution ont un effet réciproque. Nombre d'autres conventions devront être examinées dans leur ensemble pour savoir si les réserves sont réciproques. Parfois, il ne sera pas possible de parvenir à une réponse nette. Cela, et le fait que la Convention de Vienne prévoit la réciprocité des réserves devraient, semble-t-il, conduire à inviter les auteurs de futures conventions de droit international privé à spécifier si les réserves ont un effet de réciprocité, et dans l'affirmative, exactement lequel.

2. *Les conventions contenant des règles de droit matériel uniforme*

a) Les réserves à la Convention LUVI

92. Nous avons vu que la loi uniforme sur la vente était en principe applicable dans tous les cas de vente internationale portés devant le tribunal d'un Etat contractant, mais que la plupart des Etats avaient restreint ce champ d'application au moyen de réserves.

tiellement être de formuler des règles générales comme il en existe dans les dispositions législatives actuellement en vigueur en Italie et en Allemagne, ainsi que dans le traité Bénélux et dans le projet français. Dans une telle perspective, ces règles générales, qui deviendraient le droit commun de chacun des Etats membres pour le règlement des conflits de lois, ne porteraient pas atteinte à la réglementation détaillée de questions bien délimitées issues d'autres travaux, en particulier de ceux de la Conférence de La Haye de droit international privé».

Quelle est la situation d'un Etat qui a ratifié sans réserve par rapport à un Etat qui a fait une des réserves des articles III, IV ou V?[95] Devra-t-il ne pas appliquer la loi uniforme, lorsqu'une des parties aura son établissement sur le territoire d'un Etat qui a fait la réserve de l'article III (parties établies dans des Etats contractants) et l'autre partie dans un Etat non contractant? Cela irait précisément à l'encontre du système général de la convention qui se veut d'application générale, et permettrait à un Etat, en faisant des réserves aussi restrictives que possible, de limiter à un minimum les cas où la loi uniforme est applicable dans des cas qui le touchent. Cet effet serait particulièrement surprenant si l'on envisageait les rapports entre un Etat à application générale et un Etat ayant fait la réserve de l'article V, qui restreint l'application de la loi uniforme aux cas où les parties à la vente l'ont choisie.

On pourrait encore essayer d'imaginer comment la réciprocité pourrait jouer dans les rapports entre Etats ayant fait différentes réserves. N'envisageons qu'un cas: celui d'un Etat ayant restreint l'application de la loi uniforme aux Etats contractants selon l'article III avec un Etat ayant fait la réserve de l'article V. On peut sérieusement se demander si une partie établie dans le second Etat peut encore être considérée comme établie sur le territoire d'un Etat contractant. La seule réponse que nous ayons trouvée figure dans un commentaire allemand (la question concerne notamment les rapports entre l'Allemagne et le Royaume-Uni), elle est affirmative.[96]

b) La Convention sur la prescription en matière de vente

93. On aura remarqué que les réserves à la Convention LUVI portaient toutes sur l'applicabilité et non sur la matière régie par la Convention. La Convention sur la prescription ouvre, outre les réserves relatives au champ d'application des articles 34 et 38, deux réserves portant sur des règles de fond.

L'article 35 permet de ne pas appliquer les dispositions de la Convention aux actions en annulation du contrat. Par l'article 36, les Etats peuvent se réserver de ne pas appliquer l'article 24 qui porte:

[95] Notons, au point de vue de la terminologie, que la LUVI évite pudiquement d'utiliser le mot «réserve» et parle de «déclaration». En revanche, la Convention sur la prescription en matière de vente contient, sous le titre II «Déclarations et réserves», une série d'articles (34–38) faisant allusion à diverses déclarations. Cependant, l'article 39 dit qu'aucune autre réserve ... n'est autorisée.

[96] *Mertens* et *Rehbinder*, Internationales Kaufrecht, *op. cit.*, p. 91.

L'expiration du délai de prescription n'est prise en considération que si elle est invoquée par la partie intéressée.

En d'autres termes, les Etats peuvent appliquer d'office les dispositions sur la prescription.

Ici encore, l'on ne voit pas quels seraient les liens d'un contrat avec l'Etat ayant fait la réserve qui soumettraient ce contrat, par réciprocité, au même régime dans un autre Etat.

c) Le droit de change uniforme

94. Les Conventions portant loi uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre et sur les chèques, de 1930 et 1931, ont des annexes qui énumèrent les modifications que les Etats contractants peuvent apporter à la loi uniforme. Celle-ci remplaçant le droit national dans tous les cas, l'on voit bien qu'il ne saurait là non plus être question de réciprocité.

On remarquera d'ailleurs que l'article 21 de l'annexe II à la Convention sur la lettre de change et le billet à ordre permet aux Etats d'exclure par réserve les dispositions sur ce dernier. Un Etat ayant fait cette réserve n'est alors considéré comme partie contractante que pour ce qui concerne la lettre de change.

d) Droit des transports et de la propriété intellectuelle

95. Les Conventions en matière de droit des transports et de propriété intellectuelle n'apportent pas beaucoup d'enseignements en ce qui concerne les réserves. On peut cependant remarquer que ces conventions contiennent passablement de dispositions permettant aux Etats contractants d'appliquer leur loi nationale sur certains points ou de les régler eux-mêmes. Ce procédé exclut manifestement une application de la réciprocité, alors que l'on aurait pu avoir des doutes si les mêmes points avaient été prévus sous forme de réserves.

On notera toutefois que la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, dans sa version de Paris, du 24 juillet 1971, prévoit à l'article 30, alinéa 2, que les pays de l'Union peuvent conserver le bénéfice des réserves qu'ils ont formulées antérieurement, ce qui semble indiquer que, sous les anciennes versions, qui ne précisaient rien, des réserves étaient admissibles.

Cet instrument, comme d'autres d'ailleurs, permet aux Etats de limiter leur ratification, soit aux dispositions de fond, soit aux dispositions sur l'organisation. Comme dans le cas de l'exclusion du billet à ordre, les

choses se passent comme s'il y avait en réalité deux conventions pouvant être adoptées séparément.

Pour le reste, l'on trouve dans ces conventions surtout une réserve pour laquelle la réciprocité paraît assez évidente: c'est l'exclusion de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice.[97]

La Convention européenne sur les brevets d'invention, de 1963, ouvre une réserve qui permet de ne pas prévoir de brevet pour certains produits durant une période transitoire de dix ans au maximum. Ici encore, l'on ne voit pas bien comment il y aurait réciprocité.

96. La Convention européenne relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs, du 20 avril 1959, permet aux Etats contractants d'apporter certaines restrictions au régime uniforme. L'effet réciproque de ces réserves est exclu par la formule un peu indirecte de l'article 4, ch. premier:

> Les facultés et réserves dont il est fait usage par une des Parties Contractantes en vertu des articles 2 et 3 de la présente Convention ne vaudront que sur le territoire de cette Partie et ne pourront porter préjudice à l'application intégrale de la loi d'assurance obligatoire des autres Parties dont le territoire est parcouru.

C'est le seul exemple d'exclusion expresse de la réciprocité que nous ayons trouvé.

e) Conventions interdisant les réserves

97. D'assez nombreuses conventions contenant des règles matérielles uniformes ne prévoient pas de réserves, ou les interdisent même expressément. Cette dernière solution est, par exemple, celle de l'accord de Guadalajara, complémentaire à la Convention de Varsovie (art. 17), de la Convention de Rome sur les dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers, de 1952 (art. 39), et de la Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, de 1973 (art. VIII).

La Convention concernant la déclaration de décès de personnes disparues, de 1950, prévoit en son article 19 un système particulier: un Etat pourra subordonner son adhésion à des réserves, mais un autre Etat contractant qui n'accepte pas ces réserves pourra déclarer qu'il tient cette

[97] Exemples: Convention de Berne précitée, article 33; Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, de 1883, version de Stockholm, 1967, article 28, al. 2; CMR, article 48. Notons que la Convention universelle sur le droit d'auteur, article XX, et sa version revisée de Paris, ne permettent aucune réserve, bien qu'elles prévoient également la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice.

adhésion pour non intervenue, la Convention n'entrera alors pas en vigueur entre les deux Etats en question.

f) Conclusion

98. Peut-être certains membres de la Commission pourront-ils fournir des exemples de réserves à des conventions contenant des règles matérielles uniformes susceptibles d'une application réciproque. Nous n'en avons pas trouvé et la solution non réciproque semble bien devoir être la règle.

Il pourrait néanmoins être indiqué de préciser expressément la situation dans cette catégorie de conventions aussi.

Fribourg (Suisse), 31 mars 1976

Annexe I

Questionnaire

1. Etes-vous d'accord sur le mandat de la Vingt-troisième Commission, et sur le but des travaux définis dans l'introduction ?

2. Quelles sont les Conventions ou types de Convention à étudier plus spécialement?

3. Doit-on étudier à fond les Conventions dans des domaines spéciaux, tels que la propriété intellectuelle et le droit du travail (Conventions de l'OIT)?

4. Peut-on laisser de côté des questions relatives à la force obligatoire des Conventions contenant du droit uniforme (ratification, entrée en vigueur, publication, etc.)?

5. Peut-on poser des règles sur le champ d'application *ratione materiae* du droit uniforme et, dans l'affirmative, lesquelles (*cf.* Nos 24–30)?

6. Peut-on poser des règles sur le champ d'application *ratione temporis* du droit uniforme et, dans l'affirmative, lesquelles (*cf.* Nos 31–35)?

7. Doit-on entreprendre une étude approfondie des «règles d'applicabilité» et autres procédés déterminant l'application spatiale du droit uniforme (*cf.* Nos 36–69)?

8. Peut-on constater que les «règles d'applicabilité» se servent des techniques et des principes de politique législative propres au droit international privé (*cf.* Nos 19, 43)?

9. Est-il exact que les «règles d'applicabilité» délimitent l'application du droit uniforme tant par rapport aux espèces purement internes que par rapport à celles qui n'ont pas une connexion suffisante avec un ou plusieurs Etats contractants (*cf.* No 44)?

10. Peut-on considérer les conventions de droit international privé ne portant que sur le droit applicable peuvent se passer de «règles d'applicabilité» (*cf.* Nos 47, 61, 65)?

11. Peut-on dire, au contraire, que les conventions contenant des règles de droit matériel uniforme doivent nécessairement contenir des «règles d'applicabilité» fondées sur une connexion suffisante avec un ou plusieurs Etats contractants (*cf.* Nos 19, 48, 60, 66)?

12. Y a-t-il encore d'autres catégories de «règles d'applicabilité», utilisées ou non dans des conventions existantes, que celles décrites aux Nos 50–63?

13. Peut-on poser des principes sur le système de «règles d'applicabilité» le plus recommandable et, dans l'affirmative, selon quelles catégories de conventions ces principes devraient-ils être différenciés (*cf.* Nos 64–69)?

14. Doit-on aborder le problème de la réciprocité et des réserves (Chapitre III)?

15. Est-il exact que la question de la réciprocité dans les conventions sur la loi applicable et dans les conventions contenant des règles matérielles uniformes se ramène à une question d'applicabilité (*cf.* Nos 81–82)?

16. Conviendrait-il de proposer une nouvelle rédaction de la clause d'application générale des conventions sur la loi applicable, qui ne ferait plus allusion à la notion de réciprocité (*cf.* Nos 79–81)?

17. Peut-on dire que, dans les conventions de droit international privé, l'effet réciproque des réserves est indépendant des clauses d'application générale et doit être déterminé séparément pour chaque réserve (*cf.* Nos 85–91)?

18. Est-il exact que les réserves aux conventions contenant des règles matérielles uniformes n'ont pas d'effet réciproque, ou y a-t-il des exemples en sens contraire (*cf.* Nos 92–98)?

19. Convient-il de recommander que toutes les conventions sur le droit uniforme contiennent des règles précises sur l'admissibilité des réserves et sur leur effet (*cf.* Nos 91, 98)?

20. Faudrait-il traiter d'autres points encore, ou suivre une autre méthode, ou étendre l'investigation à d'autres domaines?

Annexe II

Observations des membres de la Vingt-troisième Commission sur l'exposé préliminaire et le questionnaire[98]

1. Observations de M. Henri Batiffol

St-Benin-d'Azy, le 22 juillet 1976

Mon cher Ami,

Je tiens d'abord, en vous priant d'excuser mon retard, à vous féliciter de l'important travail que vous avez effectué. J'y ai retrouvé l'abondance de vos connaissances et votre pénétration d'esprit.

1. Je me rallie sans difficulté à la conception que vous avez développée dans l'introduction pour le mandat de la Vingt-troisième Commission et le but des travaux de celle-ci – quitte à douter, avec vous si je ne me trompe, de la possibilité de distinguer suivant la matière des traités quant aux règles sur leur champ d'application.

2. Je mettrais en relief votre remarque au n° 6 que la Commission peut trouver des éléments utiles dans différentes catégories de traités. Certes les conventions multilatérales sont plus importantes et plus intéressantes, mais les conventions bilatérales, tout en retenant les remarques que vous faites à leur sujet, peuvent aussi le cas échéant offrir matière à réflexion.

En tout cas il faut certainement exclure les lois modèles, et *a fortiori* les textes modèles proposés au choix des particuliers - à moins, comme vous l'observez, qu'il ne s'agisse d'un véritable traité comme entre les Etats du COMECON. Malgré leur précision plus grande, les conventions prescrivant aux Etats de conformer leur droit interne à certains principes participent encore d'un caractère comparable, et sont à écarter. Pour une raison tout opposée les directives de la CEE le sont également, s'agissant, comme le disent beaucoup, d'un droit quasi-fédéral.

Bien que votre questionnaire ne paraisse pas mentionner l'opportunité d'étudier la position prise par la LUVI, dont vous montrez fort bien qu'elle consiste à ne pas résoudre le problème, il me paraît important d'examiner ce point de vue comme vous l'avez fait et à la place où vous l'avez fait.

[98] Les chiffres des réponses correspondent aux numéros des questions du questionnaire.

3. Il est exclu à mon sens d'étudier à fond une convention déterminée, à moins qu'elle ne présente un intérêt exceptionnel. Il doit être possible de citer les formules de celles qui ont résolu expressément la question, comme c'est le cas en matière de droits d'auteur. Quant aux conventions internationales du travail, elles sont beaucoup trop nombreuses pour pouvoir être étudiées systématiquement; mais s'il est possible d'en tirer quelque enseignement au point de vue qui nous occupe, vous trouveriez certainement l'information nécessaire dans l'ouvrage de notre confrère *Valticos* «Le droit international du travail», que je regrette de n'avoir pas sous la main, ayant quitté Paris.

4. Il n'est pas seulement possible, mais à mon avis nécessaire, de laisser de côté les questions relatives à la force obligatoire des conventions contenant du droit uniforme. D'une part, il s'agit là de règles en grande partie propres à chaque Etat, d'autre part cette étude n'aurait d'intérêt que si elle s'ouvrait sur des solutions propres aux conventions portant droit uniforme: l'ampleur de votre enquête vous aurait sûrement amené à découvrir des exemples d'une telle influence si elle avait quelque importance.

5. Je ne sais si nous parviendrons à poser de véritables règles dans une matière aussi difficile. Au moins pourrions-nous parvenir à des directives et des recommandations.

Il est très certain que le souci de limiter étroitement la matière unifiée pour mieux assurer l'unité du domaine d'application se heurte à l'inconvénient de dépecer une matière formant un tout entre la convention d'unification et les règles nationales, qu'elles soient matérielles ou de conflit. Les exemples que vous donnez en matière de vente sont probants. Il me semble cependant qu'à moins d'une volonté expresse d'interprétation stricte, il ne faudrait pas suivre systématiquement l'idée que le droit conventionnel doit être regardé comme «l'exception», et l'interpréter par suite restrictivement. L'esprit et le but d'une convention doivent être assez bien exprimés pour que ceux qui les appliquent puissent l'interpréter comme réglant implicitement certains points qui ne figurent pas littéralement dans ses dispositions, mais qui incontestablement font partie de son objet. La limite sera peut-être appréciée différemment d'un Etat à l'autre, mais ce risque me paraît moins grave que celui d'une interprétation absolument littérale, alors que, comme vous l'observez très bien, les négociateurs de conventions sont surtout préoccupés en général, pour de multiples raisons, de régler les points qui font le plus fréquemment difficulté; s'ils n'ont pas expressément exclu les autres, et si quelques formules générales s'y prêtent, mieux vaudrait, dans la mesure du possible, assurer un traitement unitaire à la matière concernée.

Quant aux notions dont usent de telles conventions, il peut être recommandable en effet de conseiller l'utilisation de termes qui ont un sens à peu près équivalent dans l'ensemble des pays signataires. Mais si on voulait n'admettre que des équivalences exactes, il serait probablement impossible d'arriver à aucune convention. Une méthode peut consister à donner des définitions; elle n'est pas facile à mettre en œuvre car elle abandonne aux droits nationaux des domaines que ne recouvre pas la définition retenue, et qui sont pourtant connexes. A mon sens il faut se résigner à user de termes dont la signification a un «noyau commun» suffisant dans les Etats signataires, quitte à admettre que sur certains points la convention

sera appliquée par les uns et non par les autres en raison des différences de signification, quant à leur domaine, des notions utilisées. Une unification notable est tout de même un résultat, même si elle n'est pas intégrale. L'expérience des conventions d'unification des règles de conflit de lois est instructive: on peut se mettre d'accord sur des règles de rattachement, mais il n'est pas possible de régler systématiquement le problème de qualification: il est inévitable que dans les différents pays signataires telle notion ait un domaine qui ne recouvre pas intégralement celui qui lui est reconnu ailleurs. S'il ne s'agit que de différence de frontière sur des points relativement secondaires, l'unification obtenue est cependant substantielle. Certes il faudrait y renoncer, ou adopter une définition propre, si les différentes conceptions de la matière rattachée à telle loi étaient si profondément divergentes qu'aucune unité réelle ne serait obtenue.

6. Je suis d'accord avec vos observations, en particulier celle de la fin du n° 35 sur le rapport durable.

7. Les «règles d'applicabilité» et autres procédés déterminant l'application spatiale du droit uniforme constituent à mon sens l'objet central de la tâche dévolue à la Commission, et vous avez eu raison d'y consacrer des développements importants.

8. Je crois, comme vous il me semble, possible d'avancer dans l'état actuel de nos connaissances que les «règles d'applicabilité» des conventions en question recourent au procédé typique du droit international privé, savoir les facteurs ou points de rattachement, que l'on pourrait dénommer, comme vous le suggérez, «circonstances d'applicabilité».

Je préférerais réfléchir encore sur le parallèle que vous établissez aussi entre la «politique législative» du droit international privé et celle du problème qui nous concerne.

9. Je crois exacte votre distinction entre deux fonctions des règles d'application considérées, car elle apparaît sous une forme partielle dans le jeu des conflits de lois en matière de contrats: pour beaucoup l'application des règles de conflit autorisant le choix d'une loi applicable présuppose que la situation n'est pas purement interne. Si cette distinction acquiert toute son ampleur, il est souhaitable, étant donné la difficulté de la première question, qu'une convention de droit uniforme s'en explique.

10. Il est certes possible d'admettre que les conventions sur les conflits de lois ne portent pas de règle sur leur champ d'application. C'est, comme vous le notez, la tendance contemporaine, et elle a l'avantage de supprimer des problèmes difficiles, comme il en apparaissait déjà dans les conventions de Genève sur les conflits de lois en matière de lettres de change, de billets à ordre et de chèques. Le besoin ne se fait guère sentir d'ailleurs de limiter l'application des règles de conflit convenues aux rapports avec les Etats parties à la convention.

A cet égard, et par contraste, il faut observer que les règles de conflit dans les traités bilatéraux ne peuvent se passer de règles d'applicabilité, puisqu'il ne s'agit que des rapports entre deux Etats, comme on le voit par exemple dans le traité franco-polonais du 5 avril 1967 dont le champ d'application a donné lieu à des dispositions particulièrement laborieuses.

11. Il est certainement d'une utilité telle que le terme nécessité convienne que les conventions portant droit matériel uniforme contiennent des dispositions réglant

leur champ d'application dans l'espace. Encore faut-il distinguer, avec l'exposé préliminaire, entre le recours au procédé des règles de conflit de lois et celui des «règles d'applicabilité» proprement dites.

Je crois, comme vous, que le second système est préférable au premier dans la mesure où il s'agirait dans celui-ci de laisser à chaque Etat contractant le soin de déterminer par ses règles de conflit le domaine des règles uniformes. Le second système a en effet l'avantage de montrer directement et plus clairement la portée réelle de la convention, et d'obtenir une uniformité plus complète que l'autre.

Mais il me paraît non moins nécessaire d'admettre l'addition dans le dernier projet de la CNUDCI sur la vente prévoyant l'application de la loi uniforme non seulement lorsque les deux Etats en cause sont parties à la convention, mais encore lorsque les règles de conflit du for conduisent à l'application du droit d'un Etat contractant. Bien que vous ayez le souci de ne pas confondre loi uniforme et loi nationale, il n'empêche que la première est devenue partie de la seconde, et si les règles de conflit de lois conduisent à l'application de cette dernière, ce serait méconnaître celle-ci que de refuser l'application de la loi uniforme sous prétexte que ses critères d'applicabilité ne sont pas vérifiés.

D'autre part si le recours aux règles de conflit de chaque Etat présente des inconvénients que vous avez justement relevés, il n'en est pas de même du système employé par les conventions de Genève de 1930 et 1931 qui a consisté à adjoindre à chaque convention portant loi matérielle uniforme une convention portant des règles de conflit uniformes. Il me semble que vous n'élevez pas d'objection de principe contre le procédé, mais vous indiquez que les règles de conflit adoptées ont été incomplètes. Et c'est assurément une difficulté supplémentaire pour les négociateurs que de s'entendre sur deux conventions au lieu d'une; le caractère incomplet relevé en serait un signe suffisant. Un autre signe en serait aussi la rareté du recours à ce procédé. Il avait cependant l'avantage de permettre le choix de points de rattachement «bilatéralisables», tandis que les circonstances d'applicabilité ne le sont pas toujours, tant s'en faut: c'est le choix dont on parle beaucoup depuis quelque temps entre l'unilatéralisme et le bilatéralisme. Vous exprimez une préférence pour la première de ces deux voies au nº 48 alinéa 2, mû par le souci de donner aux lois uniformes un statut qui les différencie nettement des lois nationales. Mon sentiment est que la différence se trouve très réellement dans le caractère conventionnel de ces lois uniformes, ce qui devrait conduire les tribunaux étatiques à rechercher de leur mieux une interprétation commune – résultat qui assurément ne pourrait être obtenu intégralement que par l'existence d'une juridiction commune. Mais je ne crois pas que cette différence emporte nécessairement un choix de l'unilatéralité. A mon sens il s'agit plutôt de savoir si les négociateurs estiment déjà assez ardue l'unification des règles matérielles pour ne pas suspendre le résultat à de nouvelles négociations sur une unification des règles de conflit de lois. Mais les discussions sur les circonstances d'applicabilité ne sont-elles pas elles-mêmes déjà difficiles?

On pourra certes contester l'intérêt de la bilatéralité en notre domaine: si la loi uniforme ne s'applique pas, le juge saisi appliquera ses règles de conflit pour déterminer la loi applicable. Il faut cependant observer que des points de rattachement bilatéralisables ont l'avantage de pouvoir coïncider le cas échéant, et coïncident en fait souvent, avec ceux d'autres règles de conflit, et en particulier celles qui sont

adoptées par les Etats non parties à la convention. Cette voie permettrait de réduire la divergence de solutions données dans les Etats contractants et dans les Etats non contractants.

La combinaison avec la LUVI de la convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable à la vente est de l'ordre de l'«accident»: c'est la coexistence de deux conventions portant des dispositions divergentes; le seul conseil à donner est de chercher à éviter ces oppositions, de plus en plus fréquentes et menaçantes avec la multiplication du nombre des traités en notre matière. Je n'en critique pas pour autant la réserve prévue dans la LUVI, car elle est indispensable pour les Etats signataires de la convention de 1955 obligés par celle-ci, mais il y a là un élément limitant l'uniformité recherchée, et qui répond à des situations dont il n'est guère possible de les considérer comme posant un problème général.

12. Votre inventaire me paraît à ce jour tout à fait exhaustif.

13. Le système que vous avez méthodiquement présenté comme le plus restrictif a l'avantage de la prudence en vue d'éviter que des solutions différentes soient données dans les Etats contractants et dans les Etats non contractants. L'inconvénient corrélatif est la limitation du domaine de l'unification. Son choix peut paraître préférable quand des Etats contractants ont des raisons de craindre que la question se pose devant les juges d'un Etat non contractant dans des affaires où leurs ressortissants seraient intéressés. Le second système paraît le plus réaliste, en ce que la situation peut présenter avec un Etat non contractant des liens d'une signification limitée. Il est certes plus regrettable que la solution vale aussi quand les liens en question sont importants, car le risque de solutions contradictoires est à envisager, mais il paraît difficile de récuser a priori ce système. Il s'agira de choisir des circonstances d'applicabilité qui concernent des éléments essentiels de la situation.

Je serais nettement défavorable au troisième système, à moins qu'il s'agisse d'une matière où il existe une circonstance d'applicabilité essentielle, laquelle sera seule retenue.

J'ai déjà dit mon hostilité à la solution de la LUVI dans sa version originaire.

14. Le problème de la réciprocité et des réserves apparaît au premier abord comme moins étroitement lié que les précédents au sujet étudié. Mais vous avez montré que ce sujet s'y retrouve sous bien des aspects, et il paraît donc intéressant d'y étendre l'enquête.

15. Je crois aussi que la question dite communément de la réciprocité dans les conventions sur la loi applicable et dans les conventions contenant des règles matérielles uniformes se ramène à une question d'applicabilité. Le terme réciprocité est équivoque, et vous avez eu raison de le montrer si bien.

16. Il conviendrait donc de proposer en effet une nouvelle rédaction du type de celle que vous avez esquissée au no 81, al. 2.

17. Réponse affirmative.

18. Les exemples que vous donnez de réserves aux conventions contenant des règles matérielles uniformes conduisent effectivement à penser que ces réserves n'ont pas d'effet réciproque. Je n'aperçois pas personnellement d'exemple en sens contraire, mais je préférerais attendre la suite de la discussion pour me rallier définitivement à votre formule. La matière est complexe, et on peut se demander s'il

sera possible dans le cadre d'une session d'aboutir à une conclusion ferme – à moins que les autres membres de la Commission fortifient votre proposition, notamment en s'appuyant sur votre observation du no 93, alinéa 3.

19. Réponse affirmative, étant entendu que le terme admissibilité se réfère aux conditions d'admission des réserves et non aux inconvénients trop connus des réserves, qui, par leur nombre et leur ampleur, portent une atteinte sérieuse à l'unité recherchée.

20. Votre investigation m'a paru d'une méthode et d'une ampleur telles que mon souci, ainsi que je l'ai exprimé, serait plutôt que le projet de résolution prenne un développement excessif pour être discuté et voté dans le cadre d'une session.

Cette dernière réflexion vous montrera, je l'espère, mon cher Confrère et Ami, combien j'ai admiré votre travail et son résultat. Croyez, je vous prie, à mes sentiments bien fidèlement amicaux.

Henri Batiffol

2. *Observations de M. Rodolfo De Nova*

Pavia, 10th June, 1976

Dear Professor von Overbeck,

Your excellent report is so thorough and persuasive that I find myself in agreement with you on most points and have no additions to suggest.

I agree with you (para. 14c), first of all, that what relates to the coming into force, the renewal, the denunciation, briefly, the 'life' of a convention on uniform law should not concern us. These are matters for public international law and, possibly, constitutional law. We can take their solution for granted, even though it obviously impinges on the applicability of our conventions, as you point out in para. 33. We can leave aside also the 'federal clauses'.

A point which, in my opinion, needs stressing is that whenever a convention aims at the unification of *choice-of-law rules* on a given subject (e.g. adoption), but it is not meant to cover all situations relating thereto, such restriction should not be expressed by saying that the convention refers only to «international» cases («international adoptions»), without adding what makes a case «international» (or, vice-versa, «national») for the purpose of the convention. Indeed, a distinction without a clear indication of its features is confusing, if not downright meaningless.

Besides, such a distinction should not depend on one or more of the same connecting factors used by the convention's choice-of-law rules. To say that a convention applies only when its choice-of-law rules do effect a choice, is a lame statement. Indeed, if, on the basis of a uniform conflicts rule, a transaction is to be governed by the law of country X, because it is connected to country X by the connecting factor envisaged by the convention, it shall be so governed – in all contracting States – also when (and I would say *a fortiori*) the transaction has further contacts (or all possible contacts, except being sued upon there) with country X.

This is what I take you to mean by the closing remark in para 45 c (but it does not seem to agree with what you say in para. 9 cc, first sentence). The same holds

true, if I am not mistaken, in matters of recognition of foreign judgments or decrees. In para. 46 you justify the Hague Convention on adoption for referring only to «international» adoptions (art. 2, letter b) and leaving outside its field of application «merely internal adoptions», by pointing out that one wanted to allow the contracting States to establish adoptions even on different terms from those set up by the convention (but, of course, without endowing such adoptions with the additional efficacy supplied by the convention, i.e. the recognition on the part of the other contracting States). I agree that an adoption made in a contracting State according to its own rules but in disregard of those of the convention would be valid for that State and *could* be recognized by other contracting (as by non-contracting) States on their own terms (or on the basis of other agreements with the former State), because the convention does not forbid adoptions that do not fit its clauses, it simply *ignores* them: But I think that an adoption made by a contracting State according to the conditions laid down in the convention *should* be recognized by the other contracting States even if the adopter or adopters and the child were nationals of that State and resided there. It seems plain to me that if a relationship comes under an international convention about conflict of laws because it is connected to a given country by factor a, a relationship of the same type connected to that country by factor a plus factors b, c, or d cannot be said to fall outside the convention, unless factor a, for a very good and real reason, is declared by the convention to be relevant *only in isolation*, not when it is reinforced, so to say, by some other factor.

What I say relates to *private international law* conventions. On the contrary, it may well be necessary or convenient to specify that a convention which purports to establish uniform *substantive* rules applies only to international cases (to be defined!), because the contracting States do not want to jettison their own rules and legislative freedom in favor of rules shared by other countries beside a certain point; in other words, they are ready to accept uniform rules only for «international» or mixed situations (see your apt distinction at para. 9 letters aa, bb). The trouble is that such substantive rules may creep into a conflict of laws convention, thus requiring a distinction which is justified in their respect *but not in respect to the clauses on choice-of-law or recognition*, but which is nonetheless expressed in general terms in the convention. This would have been the case with the Hague convention on adoption if the proposal had been accepted to include therein substantive provisions about the effects of adoption and the contracting States had been willing so to bind themselves only to a limited extent, i.e.: in the matter of «international» adoptions (The convention, unfortunately in my opinion, does make the distinction just the same, although it provides only uniform rules about jurisdiction, recognition, and applicable law).

The problem of the effects of reservations attached to a convention on uniform law certainly deserves analysis, as you point out. Reservations may be necessary to secure the acceptance by certain States of the main body of a convention which is not wholly palatable to them. But in each instance it should be spelled out what the contracting States gain and lose when one of them makes use of the power of reservation granted by the convention. Maybe, once it is clear what are the effects of a reservation (probably quite limited ones in the case of choice-of-law

rules), a delegation will not insist in having one included to safeguard its country's position, nor will a government finally resort to it when one has been foreseen.

I must answer summarily and in a bit of a hurry your questionnaire:

1. Yes.

2. Conventions on choice-of-law and on recognition of foreign judgments or decrees.

3. No.

4. Yes, absolutely!

5.–6. We may try and give *some general advice.*

7. No.

8. Yes.

9. I do not like the distinction between «espèces internationales» and «espèces nationales» for the purpose of delimiting the subject matter of a convention on uniform conflicts rules.

10. Yes.

11. Not necessarily.

12–13. I do not know.

14 - 15 - 16 - 17. Yes.

18. I fail to envisage a reservation to a convention on uniform substantive rules having any reciprocity effect.

19. Yes.

20. No.

I hope this note will reach you in time, although I am afraid that it will not help you much anyway.

With all good wishes,

Sincerely yours, *Rodolfo De Nova*

3. Observations de M. Ronald H. Graveson

London, 13th May, 1976

My dear Confrère,

I am replying to your invitation to comment on your exposé préliminaire and questionnaire relating to the scope of application of uniform rules of conflict or substantive law contained in treaties. I read your report with the greatest interest. It establishes a valuable and comprehensive foundation for the study of this subject and I am most grateful to you for providing the members of the 23rd Commission with this valuable introduction. We are fortunate in having as the reporter a person with such exceptional experience in the process of unification of private international law through the Hague Conventions.

Turning to your introduction itself, I am in some doubt as to the scope of the mandate of the 23rd Commission. I am not sure whether it is intended to refer to existing multilateral conventions or to require the Commission to set out general principles of application to future conventions. No doubt on a basis of existing conventions principles which are identified could be projected in a general sense for

future application. I hope that we can look towards the future by whichever approach is adopted. If we do so, while we must take account of the application and interpretation of existing international conventions, we should not be unduly constrained in any recommendations we make for the future.

In paragraph 4 of your introduction you observe that we should consider the substantive rules without particular regard to the form in which unification is achieved. I take a somewhat different view on this matter. Certainly the substantive rules are most important, but the form also can have great influence on effective unification. As between those cases in which the provisions of an international convention are transposed into a form of English legislation and those in which the authentic text of the convention is annexed to a short English statute bringing it into effect the difference is considerable. I hope that the Commission will have time to recommend what it regards as the most suitable form, since the form can substantially affect the essence of the convention through different methods of interpretation.

Your first chapter, devoted to the Conference on Sale of 1964, presented us with an example of a problem we should try to overcome. I think the chief lesson of the convention is that unless it covers the whole of the topic it is bound to establish parallel systems of law, and probably of conflict of laws relating to the same problems. There is probably general agreement in the need to avoid this conflict of systems of conflict of laws.

I agree completely with your view on the need for very careful preparatory work based on research in comparative law designed to avoid too great divergences. This is the lesson which you of all experts know best from your experience at the Hague Conference.

The only comment I would make on paragraphs 31 and 35, in which you refer to the need to consider the question of relevant time for the choice of law, is that this matter is also likely to be covered by the Commission established to deal with questions of time in private international law, but this will raise no problem.

I should like to comment on your paragraphs 62–70. In paragraph 62 you refer to declarations contained in various conventions allowing several contracting states to consider themselves not as different states, because of the similarity of their internal relevant law. Perhaps the reason for the slight use that has been made of these provisions is the realisation that the textual similarity may be delusive, as our confrère, Professor Kahn-Freund, has shown. There really are no false conflicts based on textual similarity, since the other relevant factors such as interpretation effectively destroy the apparent similarity of the law. The general proposition in paragraph 64 is naturally valid for most cases, but it may be necessary in some cases for complete control of a situation to include provisions relating both to internal law and conflicts of law, even to the extent, if necessary, of excluding the application of conflicts of law expressly.

I am not able to agree with you completely on your distinction in paragraph 65. While I entirely agree that in questions of enforcement of judgments interested states must be parties to a convention, I do not think it any more necessary that they should be parties in the case of jurisdiction than in the case of acceptance of uniform rules of applicable law. In fact, I assume that in most cases of a comprehensive convention containing all three aspects of a situation, parties would be

bound both in respect of applicable law and judicial jurisdiction in addition to the enforcement of judgments.

I agree with your conclusion in paragraph 66, based on the principle of a link with contracting states. This basis for choice of applicable law has the merit of justice and of conformity in most cases with the expectation of parties, but it can only be completely satisfactory if exceptions are allowed for particular cases.

I am glad that you devoted chapter 3 to the principle of reciprocity. Historically and practically reciprocity appears to be a necessary part of agreements by convention. It corresponds to the *quid pro quo* of commercial contracts and is, I suppose, necessary in agreements of any kind. In a broader sense, however, I question the need for reciprocity as a principle. It does not exist in the enforcement of foreign judgments in the common law, but has only been introduced through the making of treaties. I hope that the Commission can consider the value of the principle of the international recognition and enforcement of obligations independently of reciprocity. The references you give in your chapter are very helpful on this question.

If I may now turn to your questionnaire, I would only observe that my answers are provisional in the sense that it has not been possible at this stage to give adequate study to the problem, and I prefer to remain open-minded until I have had the benefit of the views of all my colleagues.

1. I agree subject to my remarks at the introduction.

2. I do not think we should devote special attention to any particular type of convention. The problems seem sufficiently general to justify a broad approach, but I hope that we can include the form of national presentation of conventional rules.

3. No.

4. These should be non-contentious matters. If there is time to consider them we should do so for the sake of completeness. If they have to be omitted this could be done with the least loss to our recommendations.

5. *and* 6. I should prefer to reserve my view.

7. I think a study on this question would be valuable.

8. Reserved.

9. The answer to this question depends on whether the uniform law relates to internal substantive law or to private international law. In the former case it would cover at least purely internal cases and depending on its terms, could also cover those caught by the rules of private international law. How this would be achieved would depend on the connecting factors retained by the uniform law in its aspect of private international law.

10. *and* 11. I do not regard these alternatives as true contrasts, since so much turns on the meaning of the term 'rules of application'. The point does not seem to be one of major importance.

12. I am not aware of other categories.

13. I think we should try to recommend principles in this as in all other relevant matters in the subject.

14. For reasons mentioned above I think one should consider the problem of reciprocity. The question of reserves also merits consideration, but as one of the minor questions that could be excluded if necessary.

15. The answer to this question must be affirmative.

16. I hope that this could be done. I hope that one direction of the development of private international law will be away from the notion of reciprocity.

17. I think we should make a recommendation on this matter of whether the effect of reservations should be independent of the clauses for general application of rules. The experience of existing conventions may be helpful but would not, I think, be conclusive on our recommendation.

18. This is a question of fact which I regret that I have no time at present to investigate.

19. I agree completely that it would be useful to make such a recommendation.

20. Other points will arise in our discussions, but we may find our existing commitments sufficiently heavy.

Yours sincerely, *Ronald H. Graveson*

4. Observations de M. Georges van Hecke

Louvain, le 22 novembre 1976

Mon cher Confrère,

Permettez-moi en premier lieu de vous féliciter de l'exposé préliminaire qui introduit de manière très complète et lucide la discussion d'un sujet assez compliqué et parfois obscurci par des polémiques.

Je réponds de la manière suivante au questionnaire.

1. Je ne suis pas convaincu que nous devions laisser de côté les lois modèles. Elles posent en effet le même problème quant à la délimitation de leur champ d'application, qu'elles soient ou non annexées à une convention.

2. Je n'ai pas de préférence spéciale à exprimer qui irait à l'encontre des choix faits dans l'exposé préliminaire.

3. Il me paraît difficile de négliger entièrement ces deux domaines, spécialement celui de la propriété intellectuelle qui pose certaines questions délicates en matière de champ d'application de la Convention d'Union de Berne.

4. Oui.

5. Je pense comme vous (si j'interprète bien votre n° 27) que nous devons recommander que, dans la mesure du possible, une réglementation matérielle uniforme incomplète s'accompagne d'une ou de plusieurs règles de conflit uniformes. La méthode suivie à Genève en 1930 pour la lettre de change me paraît encore toujours la meilleure.

6. En ce qui concerne le champ d'application *ratione temporis* je me rallie aux suggestions que vous faites au n° 35.

7. Cette étude me paraît constituer l'essentiel de nos travaux.

8. Oui.

9. Oui.

10. La réponse me paraît pouvoir être affirmative. On peut en effet continuer à considérer, pour les besoins de la pratique, que chaque Etat n'applique jamais que ses propres règles de conflit.

11. et 13. Je me rallie entièrement à la recommandation que vous suggérez au nº 66. Il me paraît important que nous réaffirmions ce principe fondamental.

12. Votre relevé me paraît très complet.

14. Malgré l'intérêt de ce problème, j'hésiterais à m'y engager si cela devait avoir pour effet de compliquer et de retarder les travaux de la Commission.

15. Vous avez très justement dénoncé à votre nº 81 la confusion qui est souvent commise entre la réciprocité d'une part et la limitation du champ d'application d'autre part. Il me paraît utile d'attirer l'attention des rédacteurs de conventions sur la nécessité d'éviter cette confusion terminologique.

16. Oui.

17. Oui. J'ai été convaincu par votre exposé et par les conclusions que vous en tirez au nº 91.

18. A première vue il semble que, comme vous l'exposez, l'effet réciproque soit exclu.

19. Oui.

20. Non.

Veuillez croire, mon cher Confrère, à mes sentiments très dévoués.

Georges van Hecke

5. *Observations de Sir Otto Kahn-Freund*

Oxford, 14th August, 1976

My dear Colleague,

I owe you an apology for not having previously replied to the questionnaire which I received in the Spring. But I have been exceptionally busy over the last few months and it is only now that I have been able to read your most interesting exposé which, if you will permit my saying so, is a model of lucidity and comprehensiveness.

Before answering your questions I should like to make one general observation, which underlies my attitude to the detailed questions: the subject matter of international unifying conventions lies generally in the area of either commercial law or family law. It is my impression that the techniques discussed in your exposé must be different in these two areas. It is probably agreed that family law in its substance cannot normally be unified. Hence it is particularly important in this area to arrive at uniform principles of private international law, possibly uniform rules of the choice of law, more promisingly perhaps rules on jurisdiction and recognition of judgements. On the other hand, experience has shown in many fields that unification of substantive law in commercial matters (including transport) is feasible, and in some cases it has been successful.

From this I draw for myself a general conclusion: the question of the field of application must generally be answered quite differently in the commercial field and in the family law field. In the family law field where it is the main task of conventions to lay down rules of private international law, including rules on jurisdiction and the recognition of judgements, the convention should, as you emphasise at various points, be applicable amongst all states, i.e. those which have ratified the

convention should apply it not only in relation to other contracting parties, but to non-contracting parties as well. In this case, therefore, the only rules in the 'field of application' should be one laying down that the agreed private international principle apply *erga omnes* and one determining whether or not they apply to internal as well as international conflicts.

It is quite different with Conventions concerned with substantive law, especially in the commercial area. Here the field of application is decisive: Does the agreed uniform body of laws apply only to (and which?) 'international' transactions or to internal transactions as well? Does it apply only in relation to Contracting Parties or *erga omnes*?

Moreover, the Convention should deal expressly with the crucial problem of the conflict of laws: Is it merely intended to form part of the substantive law of a ratifying State so as to apply in that State only where, accordingly to its conflicts principles, its own law (or that of another ratifying State) applies? Or is it intended to form an exception to the conflicts rules of a ratifying State, and, within its field of application, to be applied by its courts irrespective of the conflicts rules which they normally apply? If the latter alternative is chosen, its adoption should perhaps be made even more explicit than was done in Article 2 of The Hague Convention on The Uniform Law on The International Sale of Goods of 1964, i.e. the application of the uniform law by the courts of a Contracting State irrespective of all rules of private international law should be prescribed by a positive norm.

In either case it should prescribe the localising factors which - given its applicability - determine its area of application and it should not - as the Sales Convention does – leave this to Reservations. The absence of the definition of such localising elements in the Hague Rules on Bills of Lading (Brussels Convention of 1924) has led to the difficulties which the Brussels Protocol of 23rd Feb. 1968 seeks to remove. Article X of that Protocol is an example of the definition of localising factors which, I submit, is indispensable in a convention for the unification of substantive law.

Such a definition of localising factors is not, of course, a rule of private international law, but pre-supposes that, either under the general rules of private international law of the *forum* a law applies of which the convention forms part, or that, by its terms, the uniform law requires to be applied irrespective of these general rules.

Now, as regards your questions:

1. I am generally in agreement with the Introduction. Whether unification is attempted through the convention itself or through a uniform statute attached to a convention seems to me to be irrelevant for the work of the Commission. That work should not, in my opinion, cover either bi-lateral treaties or model laws. I am not sure, however, whether I agree with your paragraph 9 (cc) where you say that uniform conflicts rules apply *«de par leur nature»*, only to international situations. In Paragraph 63 you refer to Article 17 of the Hague Convention of 1973 on the Law applicable to Maintenance Obligations which excludes its application to internal conflicts. This is an example illustrating a problem confronting all «composite» States, and, I think, the Commission should say something about the application of agreed conflicts rules to internal conflicts situations generally.

2. The answer to this question is contained in my introductory remarks. I should like to emphasise once more however that I consider the choice between conventions attempting to regulate the choice of law and conventions attempting to regulate jurisdiction and recognition of judgements as very important. I am not absolutely sure however that this question is within our terms of reference.

3. I cannot, for lack of knowledge and experience in the field, say anything about conventions concerning intellectual property. I am however of the opinion that conventions concerning labour law, and in particular the ILO conventions raise quite special problems, and that it is perhaps not very useful to include them in the work of the Commission.

4. The answer is simply: Yes.

5. It is almost impossible to formulate any kind of general proposals on the matters which are dealt with in paragraphs 24 to 30 of your exposé. So much depends on the particular topic. There are situations where it is necessary to deal with a matter comprehensively, and there are situations where it is in the nature of things that only a selection from all possible topics can be made in order to arrive at a fruitful result. It would, for example, have been very unwise to try to establish a uniform code for the law relating to testamentary dispositions as a whole, and it was wise to restrict it to their form and not to extend it to their substance (Hague Convention of 5th October 1961). It was also wise not to extend the Convention on International Sales to the validity of the contract, for this raises problems which are difficult to regulate in a uniform manner (see Para. 26 of the Exposé).

In other words: frequently the unification of either conflicts principles or substantive principles makes the *dépeçage* inevitable. This, in turn, makes, as you say in Para. 29, a careful definition of terms in the Convention imperative, this refers both to terms denoting the issues regulated by the Convention (see e.g. Art. 5 of the Convention on Conflicts of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions) and to those denoting connecting factors such as «habitual residence». Perhaps the Institute could perform a useful service, if, in the Resolution, we emphasised this need for very careful definition. This, however, is probably all we can do about the matters discussed in Paras. 24 to 30.

6. As regards the time element – all we can do is, I submit, that which you propose at the beginning of Para. 35. But we should say clearly that this applies both to the definition of the connecting factor (and its degree of variability)-(Para. 31), and to the inter-temporal question concerning the convention itself (Para. 33).

7. Paras. 36–69 of the Exposé contain the core of the work of the Commission, and, I suggest, are the area for a detailed study from which some general principles may perhaps emerge.

8. As indicated in my introductory submission, I think one must, in the case of substantive conventions, distinguish:

(a) the private international law principles which determine its application,

(b) the rules which determine its field of application (internal, international - *inter partes, erga omnes*),

(c) the localising factors (which - contrary to Para. 39 - I submit operate *within* a legal system and are not determined by rules of private international law).

These seem to me to be three totally different problems.

9. The answer depends on what is meant by '*règles d'applicabilité';* if (as it seems to do – see Paras. 43, 44) it refers to rules on 'localising factors' (such as those in Art. X of the Brussels Protocol of 1968 on Bills of Lading), then it seems to me that they come into play only *after* the scope of 'international' application of the uniform rules (i.e. the type of country in relation to whom they apply) has already been determined (see answer [8] above).

10. See my introductory remarks. The answer to the question is negative: Two 'rules of application are needed' – one saying that the convention applies *erga omnes,* and one saying whether or not it applies to internal conflicts.

11. Definition of localising factors is here indispensable. (See the history of the Hague Rules!)

12. There is nothing I can think of at the moment.

13. All I wish to say is that a sharp distinction must in the field of private international law conventions be made between choice of law conventions, conventions concerning jurisdiction and the recognition of judgements in matters of contractual and delictual obligations, and conventions concerning jurisdiction and recognition of judgements in status matters (e.g. divorce). Whilst I am in general agreement with Para. 65, I should not apply its second sentence, e.g. to the recognition of divorce decrees, adoptions etc. Here the need for preventing 'limping' relationships should be paramount.

14. As at present advised, I would say we must deal with reciprocity, but we should not deal with reservations because our field is already sufficiently large.

15.–19. I need time for further reflection.

20. *Prima facie:* no.

I am very much aware of the inadequacy of these answers to your very elaborate paper. I think Para. 36–69 of your paper give sufficient material for the Commission to work upon, and if the Commission succeeds in formulating even a few principles based on the analysis contained in these paragraphs, I think it will have justified its existence.

I am, with kind regards,

Very sincerely yours, *Otto Kahn-Freund*

6. Observations de M. Adolfo Miaja de la Muela

Valencia, le 4 juin 1976

Mon éminent Confrère et cher Ami,

Avec le regret d'avoir été très occupé par la fin de l'année universitaire et de n'avoir pas pu réaliser une étude approfondie de votre exposé préliminaire, je dois me borner à vous féliciter pour la tâche que vous avez ainsi si brillamment commencée et à répondre à votre questionnaire.

1. D'accord.

2. D'après le mandat reçu, il faudrait à mon avis prendre en considération, au moins pour le commencement de nos travaux, tant les traités contenant des règles de conflit que ceux d'unification juridique. Il est possible cependant que le plus

grand intérêt des questions relatives aux derniers vous conseille de laisser tomber la considération des premiers dans les futures phases de votre tâche.

3. Non.

4. Oui.

5. Je pense que la tâche fondamentale de notre Commission étant la délimitation du champ d'application des traités de droit uniforme, il serait possible de laisser de côté la détermination du champ d'application des règles particulières prévues dans lesdits traités. Il serait peut-être convenable de formuler certaines directives, susceptibles de s'exprimer dans nos travaux par voie de recommandations.

6. Non, eu égard au fait que l'Institut a formulé déjà des résolutions relatives aux règles intertemporelles en droit international public et qu'il a décidé d'étudier la même question en droit international privé.

7. Il paraît convenable de faire un effort pour arriver à certaines constatations dans la matière, mais avec peu d'espoir de pouvoir avancer jusqu'à parvenir à des résolutions utiles.

8. Je ne vois pas l'utilité d'une telle constatation.

9. Oui.

10. D'accord.

11. Oui.

12. Je n'ai pas pu trouver d'autres catégories.

13. D'accord avec votre exposé, je crains que l'essai d'un approfondissement de ce sujet ne conduise la Commission et vous-même à des solutions très casuistiques, peut-être incompatibles avec le propos de formuler des principes généraux. D'autre part, la recherche de ces principes ne doit pas être négligée, en tant qu'on peut dire qu'elle constitue une des finalités essentielles des travaux de notre Commission. Sa formulation pourrait se limiter aux deux grandes catégories des conventions sur le droit uniforme et sur les conflits de lois, dans le cas où l'on ne décide pas d'écarter ces derniers des présents travaux.

14. En ce qui concerne la réciprocité, je suis d'accord sur votre thèse qu'il s'agit plutôt de la différence entre les conventions limitant leur champ d'application et des conventions sans une telle limite. Mais la réciprocité constitue une réalité qu'on ne saurait ignorer, réalité bien multiforme pour en permettre un examen approfondi, et d'une manière incidente, dans l'étude d'un sujet comme celui soumis à la Vingt-troisième Commission.

15. Oui.

16. Oui.

17 à 19. La grande complexité de la question des réserves aux traités et sa réglementation par la Convention de Vienne permettra peut-être d'entreprendre à l'avenir des études sur les réserves dans le domaine des traités de droit uniforme et de droit international privé en vue de dégager les particularités de leur application dans ces champs. Il ne paraît pas possible de le faire maintenant dans le cadre de votre rapport.

20. Je ne suis pas en état d'apporter une initiative sur ce point.

En vous renouvelant mes félicitations pour votre exposé préliminaire, je vous prie, cher Ami et Confrère, de croire à mes sentiments les plus dévoués.

Adolfo Miaja de la Muela

7. *Observations de M. Gaetano Morelli*

Rome, le 14 juin 1976

Mon cher Confrère et Ami,

J'ai lu avec le plus vif intérêt le remarquable exposé préliminaire que vous avez préparé en votre qualité de rapporteur de la Vingt-troisième Commission de l'Institut de Droit international. C'est une lecture très stimulante, qui invite à réfléchir sur beaucoup de problèmes. Je vous en félicite sincèrement.

Vous voudrez pourtant bien m'excuser si, au lieu de répondre point par point à votre questionnaire, je me permets de vous soumettre quelques considérations tout à fait générales concernant la façon dont le mandat confié à la Vingt-troisième Commission doit être précisé. C'est qu'un tel mandat est indiqué par une libellé qui prête à quelque difficulté d'interprétation.

Le libellé dont il s'agit est le suivant «Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par les traités».

Nul doute, à mon avis, que le champ d'application qu'il s'agit de délimiter est le champ d'application de certaines règles prévues par les traités, non pas le champ d'application des traités prévoyant les mêmes règles en tant que tels. Je pense, par conséquent, que tout ce qui concerne la force obligatoire de la convention, comme par exemple son entrée en vigueur, doit être laissé de côté. Il s'ensuit qu'il faut répondre par la négative au point 4 de votre questionnaire. La même exclusion devrait jouer aussi, à mon avis, à l'égard de réserves qui concerneraient, par hypothèse, non pas le contenu des règles prévues par la convention, mais plutôt la convention en tant que telle.

Il s'agit maintenant de savoir quelles sont les règles «prévues par les traités» dont le champ d'application doit être précisé par l'Institut.

Aucune difficulté ne surgit pour la détermination de l'une des catégories de règles envisagées, c'est-à-dire pour la catégorie des règles «de droit matériel uniforme». Ces règles consistent en des règles de droit matériel qui sont «prévues par les traités» dans ce sens que les Etats parties aux traités sont obligés d'introduire les mêmes règles dans les ordres juridiques respectifs. L'exécution, par les différents Etats, de cette obligation aboutit au résultat d'une uniformité entre les ordres juridiques de ces Etats; résultat qui constitue précisément le but de la convention.

Des difficultés sérieuses surgissent, au contraire, pour ce qui concerne l'autre catégorie de règles qui est envisagée par le libellé du mandat confié à la Vingt-troisième Commission: la catégorie des «règles de conflit». Cela dépend du caractère équivoque et imprécis du terme «conflit», employé couramment et malheureusement pour indiquer des notions qui sont entre elles bien différentes. On parle de «conflits de lois» (règles de droit international privé au sens étroit, à savoir règles sur le droit applicable); mais on parle aussi des soi-disant «conflits de juridictions» (entraide judiciaire, compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des jugements).

Nul doute que les règles sur le droit applicable (règles sur ce qu'on appelle les conflits de lois) rentrent dans le mandat de la Vingt-troisième Commission. Il s'agit de règles qui sont «prévues» par des traités au même titre que les règles de droit matériel uniforme (obligation pour les Etats contractants de les introduire dans les

ordres juridiques respectifs). Les règles sur les conflits de lois prévues par les traités sont, elles aussi, des règles de droit uniforme.

Je suis au contraire d'avis que reste en dehors de la tâche confiée à la Vingt-troisième Commission tout ce qui concerne l'entraide judiciaire, la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements. Il s'agit là de matières pour lesquelles les traités ne posent pas de règles destinées obligatoirement à être introduites dans les ordres juridiques des Etats contractants. Tout autre est l'obligation mise à la charge des Etats contractants; elle a pour objet une certaine conduite des organes judiciaires de ces Etats ou bien une certaine attitude de l'ordre juridique de chacun de ces Etats par rapport aux actes judiciaires étrangers. Il va sans dire que, pour pouvoir s'acquitter de cette obligation, les Etats contractants se trouvent dans la nécessité de créer, dans leurs ordres juridiques respectifs, des règles appropriées. Et il se peut que, à raison aussi du caractère éventuellement réciproque de l'obligation, les règles internes d'exécution, édictées par les différents Etats contractants, résultent plus ou moins uniformes. Mais il s'agit, par hypothèse, d'une simple coïncidence. En tout cas, il ne s'agit pas d'une uniformité constituant le but de la convention et il n'est pas possible de parler, à cet égard, de règles «prévues» par les traités.

D'autre part, il est bien sûr que, pour déterminer le contenu de l'obligation mise à la charge des Parties contractantes, les conventions sur l'entraide judiciaire, sur la compétence judiciaire, sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, comme toute autre convention en général, ne peuvent se passer de formuler des règles. Ces règles, toutefois, sont des véritables règles internationales, propres à la convention en tant que telle; ces règles non plus ne peuvent se dire des règles «prévues» par la convention, au moins au sens où l'on parle de règles «prévues par les traités» à propos des règles internes que les traités obligent d'édicter en tant que règles de droit uniforme.

Pour conclure, il me semble que la tâche de la Vingt-troisième Commission devrait être limitée aux règles de droit uniforme: règles uniformes de droit matériel, d'un côté, règles uniformes sur les conflits de lois (sur la loi applicable), de l'autre. Cela malgré le fait que, dans le libellé de la question soumise à la Commission, l'adjectif «uniforme» soit employé au singulier avec référence immédiate au droit matériel seulement.

L'applicabilité des règles uniformes (règles matérielles aussi bien que règles de conflit) peut dépendre de circonstances qui, comme vous l'avez vous-même très bien mis en lumière, présentent une certaine analogie avec les circonstances de rattachement utilisées par les règles de conflit pour la détermination de la loi applicable. Il s'agit toutefois d'une simple analogie, qui n'autorise pas la Vingt-troisième Commission à s'occuper aussi de cette dernière catégorie de circonstances. Partant, des problèmes tels que ceux indiqués au paragraphe 31 de votre exposé tombent, à mon avis, au dehors de la tâche qui nous est confiée.

Très reconnaissant pour l'attention bienveillante que vous voudrez bien porter à mes considérations, je vous prie d'accepter, cher Confrère et Ami, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Gaetano Morelli

8. Observations de M. François Rigaux

Louvain, le 3 novembre 1976

1. Oui.

2. Selon l'intitulé de la Commission, les conventions contenant des règles de conflit de lois ou des règles d'uniformisation du droit matériel.

Les conventions sur la reconnaissance et l'exécution des jugements contiennent des règles de droit substantiel, non de droit matériel.

3. Si l'un des membres de la Commission est spécialiste d'une de ces matières, il pourrait faire une note sur ce point.

4. Oui. Le problème est beaucoup plus général et tout à fait différent.

5. et 6. Je ne saisis pas bien la portée de la question. Le champ d'application *ratione materiae* et *ratione temporis* est inhérent à toute convention et à toute règle de droit quelconque. Il est utile d'évoquer le problème pour clairement délimiter la détermination du domaine spatial, sans que la Commission doive l'approfondir, me semble-t-il.

6. Il n'est pas clair si le problème vise la détermination du moment à prendre en considération pour la concrétisation du facteur d'applicabilité ou les problèmes de droit transitoire relatifs au droit uniforme. D'une manière comme de l'autre, j'écarterais ce double sujet.

7. Oui, cela me paraît même l'objet propre des travaux de la Vingt-troisième Commission.

8. La question me paraît prématurée.

9. Il me paraît plutôt qu'il existe deux types de règles d'application, les unes qui délimitent l'application du droit uniforme par rapport aux espèces purement internes (telle la Convention LUVI) les autres qui en outre excluent les situations n'ayant pas une connexion suffisante avec un Etat contractant.

10. Oui.

11. En principe, oui. Toutefois l'applicabilité de ces conventions peut être subordonnée à une règle de conflit de lois.

C'est d'ailleurs le cas pour la Convention LUVI en ce qui concerne la loi d'autonomie.

12. a) Le n° 60 du rapport pourrait être complété en ce qui concerne la dernière observation: si je l'entends bien, le juge d'un Etat dans lequel la Convention LUVI a force obligatoire pourra en écarter l'application s'il estime que les parties ont entendu, même tacitement, choisir une autre loi. Ainsi, l'applicabilité de la loi uniforme est subordonnée à la mise en œuvre de la loi d'autonomie par les contractants.

b) Il arrive que le domaine spatial de la règle de conflit de lois soit délimité à l'aide d'un critère de droit matériel. Voir par ex. l'article 7 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (*cf.* p. 388 ci-jointe).

13. Je souhaiterais que la réponse à cette question soit réservée jusqu'au moment où la Commission aura pu se réunir et approfondir la discussion.

14. Oui.

15. Oui.

16. Oui.

17. La réponse affirmative me paraît contraire à la conclusion du nº 91 à laquelle je me rallie volontiers: il n'y a que dans les conventions d'application limitée que se pose la question de l'effet réciproque des réserves.

18. Je n'ai pas d'exemple en sens contraire à citer pour le moment.

19. Oui.

20. Parmi les points à envisager il y a, me semble-t-il:

1° La notion de «règle de signalisation» (celles qui écartent l'application du droit uniforme sans désigner de solution précise de conflit de lois).

2° La référence aux «principes généraux» telle que la prévoit la Convention LUVI.

3° La combinaison dans le même instrument de règles de droit matériel uniforme et des règles de conflit de lois, les unes et les autres subordonnées aux mêmes règles de droit matériel uniforme à des situations purement internes.

4° La technique consistant à étendre par voie législative l'applicabilité des règles de droit matériel uniforme à des situations purement internes.

5° L'extension au problème de la détermination du facteur d'applicabilité de la théorie du facteur de rattachement.

6° La notion de règle de droit international privé matériel (Voyez la note ci-jointe).

7° L'étude des réserves pourrait être complétée par l'analyse du caractère exclusivement unilatéral de la règle de conflit de lois qu'une réserve à une convention de conflit de lois permet d'introduire dans la législation de l'Etat contractant.

François Rigaux

9. Observations de M. Fritz Schwind

Vienne, le 23 octobre 1978

1. Oui.

2. Conventions multilatérales introduisant du droit uniforme au sens étendu.

3. Sur la base du présent exposé, il n'est pas possible de trouver un critère permettant de distinguer nettement les domaines spéciaux et les domaines généraux.

4. Tenant compte des traits spécifiques caractérisant les droits constitutionnels nationaux, il paraît souhaitable toutefois de prendre en considération et d'étudier ici les possibilités pour faciliter et - dans la mesure du possible - unifier le processus de la ratification et de l'entrée en vigueur.

5. Ce n'est que pour les conventions de caractères surtout technique qu'il est possible de trouver des critères suffisamment nets pour délimiter le champ d'application *ratione materiae*. La plupart des autres conventions exigeront de par leur nature une délimitation soigneuse du champ d'application *ratione materiae*, tenant compte des particularités nationales et des différences politico-sociales (p.e. droit de famille).

6. La question du champ d'application *ratione temporis* soulève un conflit d'intérêts: d'une part, l'objectif des conventions unifiantes, qui visent pour la plupart une unification aussi totale que possible, exige d'élargir au possible le champ d'application *ratione temporis*. D'autre part, une extension du champ d'application *ratione temporis* risque de causer - par un effet quasi-rétroactif - des difficultés sur le plan de l'ordre juridique national.

7. Plutôt sous l'aspect des réserves.

8. Oui.

9. Ce n'est pas exact pour les lois uniformes au sens étroit, mais exact en partie pour les autres catégories du «droit uniforme».

10. Oui.

11. Oui.

12. Les catégories de «règles d'applicabilité» développées par cet exposé semblent capables de couvrir toutes les questions qui puissent surgir.

13. D'accord avec les principes décrits aux Nos 65–69.

14. Il est désirable d'étudier à fond le développement des principes menant vers la réduction de la portée de la réciprocité et du système de réserves en général.

15. Oui.

16. Ce serait très souhaitable.

17. Oui.

18. Le présent exposé a déjà suffisamment étudié les conventions en question, nous n'avons rien à ajouter.

19. Afin de garantir aux conventions portant sur le droit uniforme une application vraiment effective, il est nécessaire de restreindre au possible l'admissibilité des réserves.

20. Nous pensons que les questions posées par cet exposé sont d'une si grande portée que les limites prévues du sujet s'imposent pour le moment.

Fritz Schwind

Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités
(Vingt-troisième Commission)

Rapport définitif et projet de résolution

Alfred E. von Overbeck

Introduction

1. L'objet des travaux de l'Institut

1. Le sujet, tel qu'il est défini par la Commission des travaux, pourrait être compris de diverses façons.

On aurait tout d'abord pu songer à faire un inventaire de toutes les clauses conventionnelles définissant le champ d'application des règles de conflits ou de droit matériel uniforme. Un travail encyclopédique de ce genre aurait pris de trop grandes dimensions et ne semble pas entrer dans les tâches de l'Institut.

Le rapporteur, qui a été suivi par les membres de sa Commission, a au contraire pensé qu'il incombait à l'Institut, à partir de constatations et d'exemples tirés d'un certain nombre de conventions, de poser quelques principes susceptibles d'améliorer de futurs instruments internationaux.

2. Cela admis, l'on pouvait se poser la question de savoir si la résolution devait uniquement montrer les possibilités techniques de délimiter le champ d'application des traités, tout en s'abstenant de juger de leur opportunité, ou si, au contraire, il était permis de porter des jugements de valeur sur certaines solutions, de poser certains principes de fond.

Une limitation à des aspects purement techniques était tout à fait concevable: nombre de conventions, élaborées dans la pression et le manque de temps qui caractérisent la fin des conférences diplomatiques, contiennent des lacunes et des imprécisions techniques que des directives permettraient peut-être d'éviter.

Toutefois, il n'y a pas de raison pour que l'Institut se limite à ces

questions de pure technique et il semble au contraire qu'il lui incombe d'indiquer, sur certains points, les solutions opportunes en la matière. On rappellera à ce propos que le sujet est devenu actuel à la suite de la délimitation très défectueuse du champ d'application des conventions de 1964 en matière de vente uniforme[1]. Rappelons qu'un champ d'application, qui dépassait des mesures raisonnables (problème de fond), avait été corrigé par des restrictions techniquement peu satisfaisantes et allant trop loin (problème technique)[2].

3. Le champ d'application peut être défini *ratione materiae, ratione temporis* et *ratione loci.* Il est apparu que la première question était fortement liée aux matières, tandis que la seconde était déjà étudiée par une autre Commission de l'Institut. C'est donc surtout le champ d'application quant à l'espace qui a fait l'objet des travaux de la Commission. Celle-ci a pensé pouvoir également poser certaines règles en matière de réciprocité et de réserves.

Il a paru utile de donner en outre, à l'intention des rédacteurs de conventions, une liste des points qu'il convient de régler, sans indiquer toutefois la manière de le faire.

2. La méthode de travail suivie

4. Le rapporteur a soumis aux membres de la Commission un exposé préliminaire assez détaillé et un questionnaire le 31 mars 1976[3].

Les observations sur ce questionnaire et un échange de vues avec les membres de la Vingt-troisième Commission présents à Oslo ont permis la rédaction d'un bref rapport provisoire et d'un avant-projet de résolution. Ce document et le texte des observations[4] précitées ont été envoyés aux membres de la Commission le 20 janvier 1978[5].

Ce rapport provisoire et l'avant projet de résolution ont fait l'objet

[1] Voir exposé préliminaire, Nos 17–23.

[2] *H.-J. Mertens et E. Rehbinder* définissent le système de la convention sur la vente uniforme comme «... die Gemengelage zwischen überdehntem Anwendungsbereich in Artikel 1 und unangemessenen Einschränkungen in den Vorbehalten der Artikel III–V». (Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen, Frankfurt 1975, p. 93).

[3] Voir *supra,* pp. 97–140.

[4] Voir *supra,* pp. 141–161, citées par la suite: «Observations».

[5] A l'exception de celles de M. *Schwind,* reçues plus tard.

des remarques de sept membres de la Commission, remarques qui portaient surtout sur des questions de détail ou de forme.

5. Le présent rapport définitif est, pour l'essentiel, un commentaire du projet de résolution qui lui fait suite. Tous les éléments du rapport provisoire y étant repris, celui-ci ne sera pas reproduit.

Les observations de fond des membres de la Commission sur l'avant-projet de résolution sont reprises sous les articles qu'elles concernent. Les observations purement rédactionnelles ne sont pas expressément mentionnées; le projet a notamment bénéficié de nombreuses améliorations proposées par M. *Rigaux*.

Enfin, on constatera que, sur un certain nombre de questions, la motivation détaillée des solutions présentées dans le projet de résolution se trouve dans l'exposé préliminaire.

3. La structure du projet de résolution

6. Le projet est divisé en quatre parties. La première définit les traités visés, la deuxième énonce les points qui devraient être réglés dans les traités, tandis que les troisième et quatrième parties développent les deux domaines dans lesquels il a semblé possible de donner des règles plus précises: les conditions d'applicabilité des traités, d'une part, les réserves et la réciprocité, de l'autre. Les subdivisions des troisième et quatrième parties ne sont pas indispensables, mais peuvent servir à une meilleure compréhension. L'Institut pourra décider s'il veut les maintenir ou non dans le texte définitif, raison pour laquelle leur titre a été placé entre parenthèses.

Commentaire du projet de résolution

Préambule

7. M. *De Nova* a proposé ici une autre formule qui serait la suivante:

L'Institut de Droit international, estimant utile de formuler des directives en vue de la rédaction de futurs traités pour l'unification des règles de droit international privé ou de droit matériel, et pour la détermination de leur champ d'application, a adopté la Résolution suivante.

Ce texte est proposé à l'Institut comme alternative à celui figurant dans le projet de résolution (voir *infra* p. 182).

I. Traités visés par la résolution

Article premier

Observations générales

8. a) Les traités sont définis selon le procédé de réglementation (droit uniforme matériel, règles de conflits, etc.) dont ils se servent et non pas selon la matière qu'ils traitent (par exemple le droit de la famille, les contrats, etc.).

9. b) M. *Morelli* avait proposé, dans ses observations, de ne traiter que des règles de droit matériel uniforme et des règles sur le droit applicable, à l'exclusion des règles sur la compétence des autorités, sur la reconnaissance et l'exécution des jugements et sur l'entraide judiciaire. Dans ses remarques sur le rapport provisoire et l'avant-projet, il a maintenu son point de vue. Le terme «règles de conflits», qui figure dans le titre attribué par le Bureau de l'Institut, aux travaux de la Vingt-troisième Commission est équivoque et peut être compris comme ne visant que les conflits de lois, à l'exclusion des conflits de juridictions. Cependant, le rapporteur, et semble-t-il la majorité des membres de la Commission, regretteraient l'exclusion des questions de compétence et d'exécution, qui sont souvent étroitement liées aux questions de loi applicable et réglées dans les mêmes textes.

10. c) L'article premier de l'avant-projet de résolution comportait, entre crochets, la lettre d suivante:

«d) des règles de droit international privé matériel».

Le rapport provisoire renvoyait notamment au traité de M. *F. Rigaux*[6]. Il rendait attentif au fait que la terminologie dans ce domaine n'est pas très bien fixée, d'autres auteurs rangeant également les règles de droit matériel uniforme dans le droit international privé matériel au sens large. Craignant que l'usage de l'expression «règles de droit international privé matériel» ne conduise à des discussions difficiles et considérant l'importance assez réduite de ces règles en matière conventionnelle, le

[6] *F. Rigaux,* Droit international privé, tome I, Théorie générale, Bruxelles 1977, Nos 287 et s., p. 239.

rapporteur avait suggéré de supprimer la lettre d) de l'avant-projet et le passage correspondant qui figurait à l'article 4, alinéa premier.

Dans les remarques sur le rapport provisoire et l'avant-projet, seul M. *Graveson* s'était prononcé en faveur de l'inclusion de cette lettre d. On peut admettre que M. *Rigaux* était implicitement du même avis. En revanche, MM. *De Nova, Miaja de la Muela* et *Kahn-Freund* ont proposé de biffer cette disposition, tandis que M. van Hecke exprimait des hésitations à ce propos.

Le projet de résolution ne contient dès lors plus d'allusion aux règles de droit international privé matériel.

11. d) A la suite des observations sur la question 3, l'avant-projet n'a pas exclu des matières telles que la propriété intellectuelle ou le droit du travail. Le rapporteur avait cependant demandé aux confrères connaissant spécialement ces domaines de lui fournir des indications supplémentaires. Il y a lieu à ce propos de citer les réponses de Sir *Otto Kahn-Freund* sur le droit du travail et de M. *van Hecke* pour la propriété intellectuelle.

12. Sir *Otto Kahn-Freund,* tout en proposant de consulter sur ce point M. *Valticos,* est d'avis que les conventions internationales du travail ont un caractère très spécial[7]. Elles sont évidemment des conventions de droit matériel en ce sens qu'elles visent à unifier des principes matériels; mais, de façon générale, leur but est d'atteindre, parmi les membres de l'organisation internationale du travail, un niveau uniforme de politique sociale plutôt qu'une législation uniforme. Par conséquent, dans beaucoup de cas, il est possible pour un Etat membre de remplir ses obligations découlant d'une convention ratifiée sans légiférer du tout, simplement par le moyen des négociations usuelles entre partenaires sociaux. En cela, ces conventions sont profondément différentes des conventions de droit commercial et soulèvent des problèmes particuliers qui ne sauraient être abordés dans la résolution.

13. M. *van Hecke,* d'autre part, écrit ce qui suit à propos des conventions en matière de propriété intellectuelle:

> Je crois d'autre part répondre à votre invitation en donnant quelques indications sur les traités d'unification en matière de propriété intellectuelle. Il s'agit essentiellement de la Convention de Berne de 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (modifiée en dernier lieu à Paris en 1971) et de la Convention universelle sur le droit d'auteur révisée à Paris en 1971.

[7] Voir e.g. *N. Valticos,* Droit international du travail, Paris, Dalloz, 1970, et mise à jour 1973.

Ces traités contiennent essentiellement des règles uniformes constituant une protection minimum en faveur des auteurs étrangers. Dans certains pays toutefois l'introduction de la Convention de Berne en droit interne a été accompagnée d'une disposition donnant aux auteurs nationaux le droit de se prévaloir du traité lorsqu'il leur est plus favorable; ainsi en Belgique la loi du 27 juillet 1953.

Les réactions entre les deux traités sont régies par l'article XVII de la Convention universelle, de manière à donner la priorité à la Convention de Berne par rapport à laquelle la Convention universelle constitue une réglementation moins contraignante.

Une comparaison des deux conventions illustre la nécessité de bien définir les critères utilisés dans les règles d'applicabilité. Les deux conventions sont applicables notamment aux œuvres publiées pour la première fois sur le territoire d'un Etat contractant. Mais la notion de «publication» d'une œuvre qui figure à l'article VI de la Convention universelle est plus étroite que celle que l'on trouve à l'article 3(3) de la Convention de Berne[8].

Il découle de ces observations que l'on ne saurait traiter les questions particulières à ce genre de conventions, mais qu'il n'y a pas non plus de raison de les exclure définitivement du champ d'application de la résolution. Telle est d'ailleurs l'opinion expresse de M. *van Hecke*.

14. e) Sir *Otto Kahn-Freund* avait exposé, dans ses observations générales et sur la question 13, les différences entre l'unification internationale du droit de famille, où généralement seules des règles de conflits communes sont possibles, et l'unification des matières du droit commercial, qui peut comporter des règles de fond. Dans ses remarques sur le rapport provisoire et l'avant-projet, Sir *Otto* a précisé qu'il ne demandait pas que la résolution elle-même distingue les conventions dans ces deux domaines. Son intention était de souligner, d'une part, que les règles d'applicabilité étaient particulièrement nécessaires dans les conventions contenant des règles matérielles de droit commercial et, d'autre part, qu'une clause prévoyant l'applicabilité *erga omnes* devait figurer dans les conventions du type usuel sur le droit de famille, qui traitent des conflits de lois, des conflits de juridictions et de la reconnaissance des jugements.

15. f) Dans le rapport provisoire, le rapporteur a estimé qu'étant donné l'incertitude de la distinction entre droit privé et droit public, il n'y avait pas lieu d'exprimer plus clairement que la résolution ne s'applique qu'aux traités relatifs à une matière de droit privé. Ce point de vue a été expressément approuvé par Sir *Otto Kahn-Freund*.

[8] Pour des indications plus détaillées, *G. van Hecke* renvoie aux fascicules 23 et 24 du volume «Propriété littéraire et artistique» par *Robert Plaisant* dans la Collection des Juris-Classeurs.

Alinéa premier

16. Lettre c. M. *De Nova* a proposé de supprimer ici le mot «uniforme» pour parler simplement de règles de droit matériel. Cette observation est en soi logique, puisque dans les lettres a et b, l'on ne parle pas non plus de règles uniformes; toutefois, pour la clarté de l'exposé et par opposition au droit matériel interne, il paraît préférable de maintenir la terminologie du projet.

Alinéa 2

17. Le principe figurant à l'article premier, alinéa 2, a été mis en doute par M. *Graveson* qui a relevé, dans ses observations générales, la différence considérable qui sépare, du point de vue de l'unification du droit, les deux formes utilisées au Royaume-Uni pour donner effet à une convention: transformer celle-ci en une loi anglaise ou annexer le texte authentique de la convention à une brève loi-cadre. Il a suggéré que la Commission, si elle en avait le temps, indique laquelle de ces formes lui semble la plus opportune.

Le rapporteur préfère la formule consistant à introduire le texte authentique. Toutefois, dans le rapport provisoire, il a exprimé des doutes sur l'opportunité d'inclure dans la présente résolution des recommandations aux Etats sur la manière dont ils doivent donner effet à des conventions internationales.

Dans ses remarques sur le rapport provisoire et l'avant-projet de résolution, M. *Graveson* maintient sa proposition de faire une suggestion ou une recommandation sur cette question. Il attire l'attention sur les dangers que comporte, pour l'uniformité, la variété des solutions nationales sur ce point. L'Institut aura donc à décider s'il veut aborder cette question dans sa résolution, et dans quel sens.

II. Points à régler dans les traités

Article 2

18. Le projet de résolution établit ici, à l'intention des auteurs de traités internationaux, une liste des points qui devraient toujours être réglés, et qui devraient l'être de la manière la plus précise possible.

Alinéa premier

19. Lettre a. Les membres de la Commission ont été unanimes à

admettre que l'on ne peut guère donner de règles abstraites sur la manière de définir la matière couverte par une convention.

Signalons ici les observations de M. *Batiffol* sur la question 5, qui semblent réfuter définitivement la vieille objection selon laquelle les conflits de qualifications empêcheraient toute unification du droit international privé.

20. Lettre b. Les «règles d'applicabilité» sont traitées en détail dans la partie III du projet de résolution. On verra qu'il s'agit de délimiter le champ d'application du droit uniforme, d'une part, par rapport à des situations purement internes, et d'autre part, par rapport à des situations qui ne présentent pas de liens pertinents avec un des Etats parties à la Convention de droit uniforme. Il découle d'ailleurs des articles 4 et suivants que de telles règles d'applicabilité ne sont pas nécessaires pour certains types de conventions.

21. Du point de vue de la terminologie, signalons qu'a Oslo, l'expression «règles d'applicabilité» a été jugée préférable à celle de «règles d'application» qui figurait dans le texte original de l'exposé préliminaire.

22. Lettres c et d. Il y a lieu de rappeler les distinctions quant au champ d'application *ratione temporis* exposées dans les observations de M. *Rigaux* sur les questions 5 et 6. Dans l'ensemble, les membres de la Commission n'ont pas été favorables à la réglementation du problème de l'application dans le temps, cela d'autant moins que la Vingt-quatrième Commission de l'Institut, dont M. *Graveson* est le rapporteur, s'occupe de ce problème. Les lettres c et d se bornent par conséquent à signaler l'opportunité de régler deux points bien distincts: les conflits mobiles et le droit transitoire.

23. D'un côté, les conflits mobiles traités à la lettre c concernent le moment où une circonstance de rattachement doit être appréciée ou concrétisée (par exemple domicile du vendeur au moment de la conclusion du contrat, nationalité du père au moment de la naissance). Ce problème, de par sa nature, ne se pose que pour des dispositions des traités sur la loi applicable ou la compétence et non pas à propos des dispositions des traités contenant du droit matériel uniforme. Mais signalons tout de suite qu'un problème tout à fait analogue surgit à propos du critère d'applicabilité. Cette question est traitée à l'article 8, lettre a du projet de résolution.

24. La lettre d, au contraire, a trait aux questions de droit transitoire qui se posent en matière de droit uniforme. Il a paru plus indiqué de faire allusion au problème concret de l'application du droit uniforme nouveau

à des faits antérieurs. Etant donné les hésitations des membres de la Commission et bien que le passage de l'exposé préliminaire sur ce point[9] ait rencontré l'approbation de M. *Batiffol* dans ses observations sur la question 6, il ne paraît pas opportun de poser le principe que les rapports juridiques durables sont régis par le droit uniforme dès son entrée en vigueur.

25. Lettre e. La question des conflits de conventions, dont l'importance va grandissant, pourrait peut-être, un jour, faire l'objet de travaux séparés de l'Institut. Pour le moment, on peut se borner à signaler la parution des deux importants ouvrages de MM. *Volken* et *Majoros* dans ce domaine[10].

26. Lettre f. L'importance de la question de l'application des traités aux Etats composés a notamment été soulignée par Sir *Otto Kahn-Freund* dans ses observations sur les questions 1 et 10.

Le problème présente deux aspects: tout d'abord, en particulier dans les conventions sur la loi applicable, il faut indiquer aux juges des Etats tiers l'unité composante dont la loi est applicable lorsque les règles de conflits désignent un Etat composé. D'autre part, le traité devrait préciser si, et dans quelles conditions, un Etat doit appliquer les règles conventionnelles dans des espèces intéressant plusieurs de ses unités composantes, mais aucun autre Etat.

Ces questions ont été réglées dans les conventions de La Haye d'après-guerre par des dispositions qui sont devenues de plus en plus nuancées. On peut signaler à ce propos les articles 16 à 19 de la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, du 14 mars 1978[11].

Il paraît là encore s'agir d'un problème dont la discussion approfondie n'entre pas dans notre sujet.

27. Lettres g et h. Ces problèmes sont traités dans la partie IV du projet de résolution.

L'adjonction «et l'effet de telles réserves» a été apportée sur proposition de M. *De Nova*.

[9] Exposé préliminaire, No 35.

[10] *P. Volken*, Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht, Etudes suisses de droit international, vol. 7, Zurich 1977, XXVII, 329 p.; *F. Majoros*, Les conventions internationales en matière de droit privé, Paris 1976, tome I, p. 184 et s.

[11] Voir *A. E. von Overbeck*, Actes et Documents de la Treizième session, tome II, La Haye 1978, p. 329, spéc. p. 374, Nos 203–215. Texte de la Convention, Revue critique 1976, p. 821, spéc. p. 825.

Alinéa 2

28. Cet énoncé des points sur lesquels des directives paraissent possibles reflète l'opinion de la majorité des membres de la Commission qui se sont exprimés dans leurs premières observations et à propos du rapport provisoire. Un élargissement au cours de discussions de l'Institut ne devrait cependant pas d'emblée être exclu.

29. A la suite d'une remarque de M. *Graveson,* il convient de préciser que ces directives se rapportent à tous les types de traités énumérés à l'article 1, alinéa premier, du projet de résolution.

30. M. *De Nova* a proposé de supprimer cette disposition. Elle n'est certes pas indispensable, mais paraît utile dans l'économie générale du projet de résolution.

III. Conditions d'applicabilité

31. On remarquera que le titre de la troisième partie du projet est «Conditions d'applicabilité» et non pas «Règles d'applicabilité». En effet, l'application dans l'espace peut être définie, dans certains cas, d'une autre manière que par des «règles d'applicabilité» au sens du projet[12]. Ainsi le droit matériel uniforme peut avoir été choisi par les parties[13], ou son champ d'application peut être défini par l'intermédiaire de règles de conflits[14]. En matière de reconnaissance et d'exécution des jugements enfin, on s'attachera à l'origine de la décision plutôt qu'à des règles d'applicabilité visant les situations de fait[15].

Article 3

32. Cet article met en relief la distinction entre règles d'applicabilité «vers l'intérieur» et règles d'applicabilité «vers l'extérieur».

Notre regretté confrère *De Nova* avait proposé la suppression de cette disposition, que le rapporteur désirerait cependant maintenir. Il con-

[12] Voir Exposé préliminaire, Nos 43 et s.

[13] Exposé préliminaire, No 37, et article 6, alinéa 4, du projet.

[14] Exposé préliminaire, Nos 38–42; article 6, alinéa 2, lettres b et c du projet de résolution.

[15] Article 5 du projet de résolution.

vient de signaler à ce propos le récent article de M. *De Nova* sur le caractère international d'un contrat[16].

33. M. *Graveson* critique le terme de «liens pertinents» qu'il considère à juste titre comme vague. Il craint surtout que ce terme n'exclue le choix d'une loi, d'une juridiction ou d'un tribunal arbitral n'ayant pas de liens objectifs avec la situation à régler. Le rapporteur estime qu'un tel choix par les parties doit toujours être considéré comme constituant un lien pertinent.

Article 4

Alinéa premier

34. Cette disposition concerne les traités contenant uniquement des règles sur le droit applicable, sur la compétence des autorités, ou sur ces deux questions.

35. En ce qui concerne l'opportunité de ne pas restreindre expressément l'application des conventions de droit international privé aux situations internationales, il est renvoyé aux observations générales de M. *De Nova.*

36. Toutefois, une définition des cas internationaux est nécessaire, lorsque les règles de conflits se réfèrent à l'autonomie de la volonté, si l'on veut éviter qu'une affaire purement interne ne puisse être soumise à une loi ou à une juridiction étrangère par la seule volonté des parties.

La Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, du 15 juin 1955, se réfère simplement à des «ventes à caractère international». Non sans raison, M. *De Nova* a demandé que l'on inclue des critères plus précis. La question a notamment été soulevée lors des travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé sur les contrats intermédiaires. On se contenta cependant à cette occasion de parler de «relations à caractère international». Enfin, le plus récent texte de l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles de la CEE veut s'appliquer aux «situations comportant un conflit de lois», formule visant également des conflits interlocaux.[17]

On peut donc conclure sur ce point en estimant qu'il serait souhaita-

[16] Wann ist ein Vertrag «international»?, Konflikt und Ordnung, Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, München 1978, p. 307.

[17] Voir *De Nova, op. cit.,* Festschrift Ferid, p. 321, et, pour les contrats d'intermédiaires, Actes et Documents de la Treizième session, tome IV, à paraître.

ble que, dans les traités faisant une place à l'autonomie de la volonté, les situations internationales fussent délimitées des situations internes par des règles d'applicabilité précises.

Alinéa 2

37. Cette disposition a trait tout d'abord aux règles d'applicabilité de traités sur les conflits de lois ou de juridictions qui ne sont pas d'application générale, c'est-à-dire qui ne règlent que certaines situations internationales.

En citant comme exemples les traités multilatéraux réglant la compétence des autorités, le projet est en désaccord avec M. *Graveson* qui estime, dans ses observations générales, qu'en matière de compétence internationale, la réciprocité n'est pas de mise. Toutefois, le point de vue exprimé dans le texte paraît correspondre à l'opinion dominante. On peut signaler comme illustration la Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, du 5 octobre 1961, qui réserve certaines compétences aux autorités des Etats contractants, alors que pour la loi applicable, son champ d'application est plus large (article 13). Il se peut bien qu'un Etat, par une règle de son droit international privé particulier, reconnaisse la compétence d'autorités étrangères sans faire dépendre cette reconnaissance de la reconnaissance de la compétence de ses propres autorités, mais on le voit difficilement accepter une telle solution dans un traité.

38. D'autre part, dans les traités bilatéraux, même s'ils ne traitent que de la loi applicable, une délimitation des situations visées est régulièrement nécessaire. Ainsi que le remarque M. *Batiffol* dans ses observations sur la question 10, le traité franco-polonais du 5 avril 1967 a donné lieu à des dispositions d'application particulièrement laborieuses. La Convention franco-suisse de 1869 a également soulevé des difficultés.

L'on serait tenté de conclure que, à la différence des questions de compétence et d'exécution des jugements, il n'est pas indiqué de régler les problèmes de loi applicable dans les traités bilatéraux. Cependant, on ne peut pas exclure que deux Etats adoptent dans un traité bilatéral des règles de conflits de lois d'application générale. Aussi – conformément d'ailleurs aux propositions de M. *De Nova,* il a paru opportun au rapporteur de supprimer la formule «*tous* les traités bilatéraux ...» qui figurait dans l'avant-projet.

39. A la suite d'une autre remarque de M. *De Nova,* il suffit de parler ici de «situations» et non pas de «situations internationales».

Alinéa 3

40. Conformément à la tendance moderne, cette disposition pose dans sa première phrase une présomption d'application générale pour les traités qui ne contiennent pas de règles d'applicabilité.

41. La deuxième phrase postule néanmoins une disposition expresse sur ce point. Le texte proposé ici a été préféré, par les membres présents à Oslo, à une formule inspirée de l'article 2 de la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, du 14 mars 1978, qui se réfère expressément à la nationalité ou à la résidence habituelle des époux.

Ces deux formules sont préférables à celles, plus anciennes, faisant allusion, soit à la réciprocité, soit à l'introduction de dispositions conventionnelles dans le droit national[18].

Article 5

42. Cette disposition a trait spécialement aux traités sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères.

Les traités (simples) sur la reconnaissance et l'exécution des jugements ou autres décisions étrangères utilisent un critère d'applicabilité très précis: le fait que la décision émane d'une autorité d'un autre Etat contractant.

Etant donné les différentes organisations judiciaires des Etats, il convient cependant de préciser, soit au moment de la conclusion du traité, soit par des déclarations bilatérales lorsqu'il s'agit de traités multilatéraux, quelles sont, dans chaque pays, les autorités dont les décisions doivent être reconnues et exécutées. D'autre part, il est important de fixer sans ambiguïté ce qu'il faut entendre, par exemple, par décision «définitive», «exécutoire», «entrée en force» ou «ne pouvant être attaquée par une voie de recours ordinaire» ou encore rendue «en matière civile et commerciale»[19].

L'article 5 veut attirer l'attention des auteurs de traités sur ces points.

[18] Voir Exposé préliminaire, Nos 79–81.

[19] Voir à ce sujet les arrêts de la Cour de la CEE, 43/77, *Industrial Diamond Supplies c. Luigi Riva,* du 22 novembre 1977, Clunet 1978, p. 398, et 29/76, *LTU Lufttransportunternehmen c. Eurocontrol,* NJW 1977, p. 439, Clunet 1977, p. 707.

Article 6

43. Cette disposition se rapporte aux traités prévoyant du droit matériel uniforme dont l'applicabilité «vers l'intérieur» fait l'objet du premier alinéa, tandis que l'alinéa 2 règle l'applicabilité «vers l'extérieur». Les alinéas 3 et 4 apportent des précisions sur le jeu de ces règles.

Alinéa premier

44. La très grande majorité des traités contenant du droit matériel uniforme ne sont destinés à régir que des espèces internationales. Ici encore, cette délimitation devrait être faite de façon précise et non pas par une formule se référant simplement au caractère international de l'espèce.

45. La deuxième phrase de l'alinéa premier exprime la possibilité pour les Etats d'étendre unilatéralement l'application du droit matériel unifié aux espèces internes. Cette précision a été apportée à la suite d'une observation de M. *Rigaux* sur la question 20. Sir *Otto Kahn-Freund* estime que cette possibilité va de soi et n'a pas besoin d'être mentionnée dans la résolution. Il paraît cependant au rapporteur qu'il n'est pas inutile de la signaler.

Alinéa 2

46. Observations générales. Il convient de souligner que le présent alinéa contient sans doute la règle de fond la plus importante du projet de résolution: celle exigeant que le droit matériel uniforme ne soit appliqué qu'à des espèces présentant un lien pertinent avec un Etat contractant.

47. En effet, la Commission a désapprouvé le champ d'application «exorbitant» de la loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, de 1964[20]. A la différence des traités sur la loi applicable et la compétence visés à l'article 4, les traités contenant du droit matériel uniforme ne pourront donc jamais être déclarés d'application générale, en ce sens qu'ils s'appliqueraient à toutes les espèces relatives à une certaine matière jugée dans un Etat contractant. L'espèce doit avoir un lien pertinent avec au moins un Etat contractant, qui peut très bien être l'Etat du for[21]. La justice matérielle représentée par les règles de droit matériel uniforme doit être complétée par une «justice de droit international

[20] Voir sur ce champ d'application, Exposé préliminaire, Nos 17–23; *Mertens et Rehbinder, op. cit.*, p. 87 et s. et les références.

[21] Voir pour le droit des transports, Exposé préliminaire, No 69.

privé» qui empêche que l'on applique le droit uniforme à des espèces n'ayant aucun lien pertinent avec un Etat contractant. On ajoutera que dans de tels cas, l'application du droit uniforme serait complètement en dehors des prévisions des intéressés.

48. Divers procédés sont prévus pour limiter l'applicabilité des traités et ils seront illustrés par des exemples[22].

Précisions encore que la Commission n'a pas pris parti en faveur d'un de ces procédés. Le rapporteur s'était, dans son exposé préliminaire, prononcé en faveur des règles d'applicabilité [23] (lettre a), mais les objections de M. *Batiffol* contre le caractère unilatéral que revêtent nécessairement les règles d'applicabilité (observation sur la question 11) ne manquent pas de pertinence et le système des conventions sur la lettre de change et le chèque (lettre b) a certes des avantages. Il paraît dès lors préférable d'énoncer les différentes méthodes sans donner la préférence à l'une d'entre elles.

49. Lettre a. Tout d'abord, les traités peuvent contenir de véritables règles d'applicabilité qui définissent directement, c'est-à-dire sans l'intermédiaire de règles sur la loi applicable, les situations auxquelles s'applique le droit uniforme.

C'est le procédé le plus généralement suivi dans les conventions en matière de transport. Comme exemple, l'on peut donner l'article 2, alinéa premier, de la Convention relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages, signée à Athènes, le 13 décembre 1974[24]:

> 1. La présente convention s'applique à tout transport international lorsque:
>
> a) le navire bat le pavillon d'un Etat partie à la présente convention ou est immatriculé dans un tel Etat, ou
>
> b) le contrat de transport a été conclu dans un Etat partie à la présente convention, ou
>
> c) selon le contrat de transport, le lieu de départ ou de destination se trouve dans un Etat partie à la présente convention[25].

50. Lettre b. Ici l'on vise des règles de conflits spécialement adaptées au droit matériel uniforme. Cette solution a été choisie, on le sait, pour l'unification des lois uniformes sur la lettre de change et le chèque, de

[22] Voir également Exposé préliminaire, Nos 49–61.

[23] Exposé préliminaire, No 64.

[24] Rev. de droit uniforme 1975 I, p. 144.

[25] Le projet de convention sur le transport des biens par mer, adopté en 1976 par la CNUDCI (XV ILM 1976, p. 901) ajoute nombre d'autres éléments, tels que le fait que l'un de plusieurs ports prévus est réellement le port où la marchandise est déchargée et que ce port est situé dans un Etat contractant.

1930. Il est vrai que les conventions portant loi uniforme ne «comportent» pas de règles de conflits, mais elles sont accompagnées de conventions de conflits de lois rédigées simultanément[26]. M. *Batiffol*, dans ses observations sur la question 11, et M. *van Hecke*, dans ses observations sur la question 5, ont exprimé leur préférence pour cette méthode.

51. Lettre c. Les conventions portant loi uniforme peuvent renvoyer aux règles de conflits contenues dans un autre traité. C'est le système qui résulte de l'utilisation de la réserve de l'article IV de la Convention de 1964 portant loi uniforme sur la vente, qui est destinée à sauvegarder le fonctionnement de la Convention sur la loi applicable aux ventes internationales, du 15 juin 1955[27]. Mais, comme le dit M. *Batiffol*, (observations sur la question 13 i.f.) la combinaison est «de l'ordre de l'accident».

52. Il se peut d'autre part qu'une convention de droit uniforme s'en remette aux règles de conflits du droit international privé particulier de chaque Etat. On peut citer l'exemple de la Convention de Bruxelles de 1924 («Hague Rules») en matière de connaissement, qui a donné lieu à plus d'une controverse[28].

53. Lettre d. Enfin, les procédés des règles d'applicabilité et ceux des règles de conflits peuvent se combiner dans une même convention. C'est le système retenu par le dernier projet de la CNUDCI en matière de vente uniforme, qui a la sympathie de M. *Battifol*, (observations sur la question 11).

Le texte de l'article premier, alinéa premier, est le suivant[29]:

> This convention applies to contracts of sale of goods entered into by parties, whose places of business are in different States:
>
> a) when the States are contracting States; or
>
> b) when the rules of Private International Law lead to the application of the law of a contracting State.

Une règle d'applicabilité se basant sur l'établissement commercial dans des Etats contractants différents est ainsi combinée avec un recours aux règles de droit international privé particulier des Etats contractants.

Alinéa 3

54. Cette disposition veut préciser que, lorsque l'application du droit matériel uniforme est commandée par des règles de conflits de lois, celles-

[26] Voir Exposé préliminaire, N° 41.

[27] Voir Exposé préliminaire, N° 40.

[28] Exposé préliminaire, N° 39 et note 37.

[29] XVI ILM 1977, p. 1456.

ci doivent désigner le droit d'un Etat contractant pour que le droit uniforme s'applique. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une situation internationale au sens de la convention portant droit uniforme, à moins que ledit Etat ait étendu l'application du droit matériel uniforme aux situations internes (art. 6, alinéa premier, 2e phrase).

Alinéa 4

55. Les articles 3 et 4 de la loi uniforme sur la vente internationale, de 1964, contiennent des règles se référant à la volonté des intéressés. Les parties au contrat peuvent écarter la loi uniforme[30] ou au contraire, sous réserve des dispositions impératives de la loi normalement applicable, lui soumettre des cas ne tombant pas dans le champ d'application de la convention. L'article V de la Convention portant loi uniforme permet même aux Etats de restreindre l'application de la loi uniforme aux cas où celle-ci a été choisie par les parties[31].

Ces solutions n'allant pas de soi, il est nécessaire de les prévoir dans les traités.

Article 7

56. Cet article vise des conventions appartenant, soit au type traité à l'article 4, soit à celui visé par l'article 6, mais comportant accessoirement des règles propres à l'autre type.

57. Les traités de droit international privé contiennent parfois, en complément aux règles de conflits, des règles de droit matériel uniforme. On peut citer, avec M. *Rigaux*[32], l'article 6, alinéa premier, de la Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption, du 15 novembre 1965, qui dispose notamment:

> Les autorités visées à l'article 3, alinéa premier, ne prononcent l'adoption que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

[30] Dans le même sens, le projet de la CNUDCI de 1977, article 4, XVI ILM 1977, p. 1457.

[31] Un système semblable est prévu dans le projet de convention en matière de change soumis à la CNUDCI (Doc. A/CN 9/67) en 1972; voir *E. Schinnerer*, Einige Fragen der Rechtsanwendung im Zusammenhang mit dem Entwurf zu einer Konvention für internationale gezogene Wechsel und internationale Eigenwechsel, Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag, Vienne 1978, p. 237.

[32] *Op. cit.*, N° 285, p. 241.

58. A l'inverse, les traités visant à unifier le droit matériel prévoient fréquemment des règles de conflits sur des points qui n'ont pas pu être réglés. On peut citer comme exemple les Conditions générales de fourniture du COMECON[33] qui prévoient une règle de conflits de lois pour les questions qu'elles laissent ouvertes.

59. Dans les deux cas, l'article 7 soumet ces règles auxiliaires aux règles qui valent pour la convention dans son ensemble.

60. Assez fréquemment, les traités visant à unifier le droit matériel renvoient pour certains points à la *lex fori*. S'agit-il là d'une règle de conflits conventionnelle, donnant compétence à la loi interne du juge saisi, ou d'une référence aux règles de conflits de ce juge ? La première réponse paraît préférable et l'on pourrait songer à poser une règle dans ce sens dans la résolution[34].

61. D'autres genres de règles peuvent encore se trouver dans des conventions de droit matériel uniforme, ainsi des «règles de signalisation» et des références aux principes généraux, sur lesquels M. *Rigaux* attire l'attention dans ses observations sur la question 20. Le rapporteur hésiterait à charger le texte par une référence expresse à ce genre de dispositions.

Article 8

62. Cette disposition peut paraître un peu sommaire, mais il est difficile de fixer de manière abstraite les précisions qui doivent être apportées aux critères d'applicabilité[35].

63. Lettre a. Comme exemple d'une disposition fixant le moment auquel le critère doit être apprécié, on peut citer, pour des contrats, le moment de la conclusion. A cet égard, le projet de la CNUDCI, cité (supra N° 53) à propos de l'article 6, alinéa 2, lettre d, manque peut-être de précision.

64. Lettre b. Les solutions subsidiaires visées à la lettre b peuvent se rapporter, par exemple, aux cas d'apatrides ou de personnes possédant plusieurs nationalités, lorsque le critère retenu par la règle d'applicabilité est la nationalité.

[33] Voir Exposé préliminaire, N° 27.

[34] Voir sur ce problème *F. Deby-Gérard*, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Paris 1973, N° 181, p. 147.

[35] Voir *F. Deby-Gérard, op. cit.*, Nos 188 et s., p. 152.

IV. Réserves et réciprocité

Article 9

65. Cette disposition a une importance pratique certaine: elle veut empêcher que les Etats restreignent l'application des traités en y apportant des éléments de réciprocité extérieurs au texte.

En effet, si les autorités d'un Etat subordonnaient l'application d'un traité non seulement aux conditions de réciprocité que peut prévoir l'instrument, mais encore à l'examen de l'application effective du traité dans les autres Etats contractants, il en résulterait une grande incertitude. Dans des matières telles que l'exécution des jugements, on retomberait dans les inconvénients du droit non conventionnel que l'on veut précisément éliminer[36].

Article 10

66. Cette disposition vise à combattre les malentendus assez fréquents sur la notion de réciprocité[37].

Alinéa premier

67. Les réserves à des traités d'application générale ne sauraient avoir d'effet réciproque. En effet, il s'agit surtout de règles de conflits de lois qui remplacent complètement les règles existantes des Etats. On ne voit pas dès lors comment l'attitude d'un autre Etat pourrait en restreindre le champ d'application[38].

Alinéa 2

68. Nous avons démontré que même des traités qui ne sont pas d'application générale, c'est-à-dire qui exigent un élément qui rattache l'af-

[36] Voir par exemple le jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre, du 18 septembre 1974, Revue critique 1975, p. 115, note P. L.; *P. Lagarde,* La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux: son appréciation par les juges, *ibid.* p. 25; *P. Bellet,* Comité français de droit international privé (compte rendu du rapport de M. Renard sur «l'interprétation de l'article 55 de la Constitution par les tribunaux judiciaires dans l'application des traités internationaux»), Revue critique 1978, p. 217. Pour plus de précisions, voir l'Exposé préliminaire, Nos 75–82.

[37] Voir Exposé préliminaire, Nos 83–98.

[38] Exposé préliminaire, Nos 89–91.

faire à un autre Etat contractant, contiennent souvent des réserves dont il est difficile de déterminer si, par le jeu de la réciprocité, elles affectent les obligations des autres Etats. On se référera notamment aux controverses qui ont surgi à propos de certaines conventions de La Haye[39].

Il importe par conséquent d'inviter les auteurs de traités de définir très exactement quel doit être l'effet réciproque d'une réserve.

Alinéa 3

69. L'effet réciproque est la règle dans les traités relatifs à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères. Il est vrai que M. *Graveson* souhaiterait, dans ses observations générales, abandonner le principe de la réciprocité même dans cette matière. Il semble cependant que la pratique des traités aille nettement dans le sens indiqué par le texte du projet de résolution.

70. Sir *Otto Kahn-Freund* remarque qu'il existe deux méthodes de faire jouer la réciprocité en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements. Ce qu'il appelle la méthode «*post-natale*», adoptée à l'article 328 du Code de procédure civile allemand, oblige le juge à vérifier dans chaque cas d'espèce si l'Etat d'origine du jugement accorde la réciprocité. Au contraire, selon le Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 1933, le gouvernement, avant de conclure un traité rendant cette loi applicable à un pays déterminé, vérifie une fois pour toutes si la réciprocité est garantie dans les relations avec le Royaume-Uni. C'est la méthode «*ante-natale*», que Sir *Otto Kahn-Freund* préfère à juste titre. Elle est à la base de l'alinéa 3: Si un Etat fait une réserve – qui a pour effet d'exclure le jeu de la convention pour certains jugements de l'autre Etat – les jugements correspondants de l'Etat qui aura fait la réserve ne seront pas non plus reconnus et exécutés. La situation sera fixée dès la conclusion du traité. Il ne saurait être question d'un contrôle «*post-natale*» en dehors des conditions du traité (*cf.* article 9). Le juge vérifie simplement, comme il doit aussi le faire en l'absence de toute réserve, si le jugement à reconnaître ou à exécuter tombe sous le coup de la convention. Cela pourra se faire sans difficultés, si la rédaction de la convention est conforme aux articles 5 et 10 alinéa 2.

Fribourg, le 25 novembre 1978

[39] Exposé préliminaire, Nos 84–88.

Projet de résolution

L'Institut de Droit international;

Constatant la multiplication des règles de conflits ou de droit matériel uniforme prévues par des traités et les difficultés que soulève la détermination de leur champ d'application;

Estimant utile de faire un certain nombre de constatations et de formuler des directives en vue de la rédaction de futurs traités;

Adopte la résolution suivante:

I. Traités visés par la résolution

Article 1

1. La présente résolution vise les traités multilatéraux et bilatéraux contenant du droit uniforme et notamment:

a) des règles sur la loi applicable;

b) des règles sur la compétence des tribunaux et autres autorités;

c) des règles de droit matériel uniforme;

d) des règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et sur l'entraide judiciaire.

2. Elle a trait uniquement au champ d'application des règles de droit uniforme et non pas à l'entrée en vigueur du traité entre les Etats contractants, ni dans l'ordre juridique interne de chacun d'eux.

II. Points à régler dans les traités

Article 2

1. Tous les traités contenant des règles de droit uniforme devraient comporter des dispositions précises sur les points suivants:

a) la matière couverte par ces règles;

b) leur application dans l'espace (règles d'applicabilité);

c) le moment auquel, dans les traités sur la loi applicable et la compétence des autorités, la circonstance de rattachement doit être déterminée (conflit mobile);

d) l'application du droit uniforme à des faits antérieurs à son entrée en vigueur (droit transitoire);

e) les conflits avec d'autres conventions touchant la même matière;

f) le fonctionnement du traité dans les rapports avec des Etats à système juridique non unifié et son application à des situations intéressant diverses unités d'un de ces Etats;

g) éventuellement, le jeu de la réciprocité;

h) les points sur lesquels des réserves sont admissibles et l'effet de telles réserves.

2. Le contenu des dispositions sur ces divers points dépendant fortement de la matière du traité, les seules directives qu'il semble possible d'énoncer à l'heure actuelle sont celles relatives aux règles d'applicabilité ainsi qu'à la réciprocité et aux réserves.

III. Conditions d'applicabilité

(A. Objet des règles d'applicabilité)

Article 3

Les règles d'applicabilité délimitent le champ d'application dans l'espace du droit uniforme:

a) par rapport aux situations purement internes soumises au droit national;

b) par rapport aux situations qui ne présentent pas de lien pertinent avec un Etat partie au traité contenant le droit uniforme.

(B. Traités sur la loi applicable et la compétence)

Article 4

1. Les traités ne contenant que des règles sur le droit applicable et des règles sur la compétence des autorités peuvent omettre toutes règles d'applicabilité excluant les espèces purement internes, sauf lorsqu'ils permettent aux parties de désigner la loi applicable ou l'autorité compétente.

2. Les traités multilatéraux destinés à ne s'appliquer qu'à des situations présentant certains liens avec les Etats contractants (tels les traités sur la compétence des autorités), ainsi que les traités bilatéraux, doivent contenir des règles d'applicabilité définissant les situations visées.

3. A défaut de règles d'applicabilité au sens de l'alinéa 2 du présent article, les traités sur le droit applicable et la compétence des autorités sont d'application générale. Ce caractère devrait être précisé par une disposition expresse qui pourrait être ainsi formulée: «Les dispositions du présent traité sont applicables, même si la situation ne présente aucun lien avec un Etat contractant».

(C. Traités sur la reconnaissance et l'exécution)

Article 5

Les traités sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères doivent déterminer avec précision quelles sont les décisions qu'ils visent, ainsi que les conditions auxquelles doivent satisfaire ces décisions.

(D. Traités portant droit uniforme)

Article 6

1. Sauf si le droit matériel uniforme doit aussi régir les situations purement internes, les traités qui le contiennent doivent comporter des règles d'applicabilité délimitant les situations qu'ils visent par rapport aux situations purement internes. Quelles que soient les règles du traité, cha-

que Etat contractant peut prévoir que le droit matériel uniforme s'appliquera aux situations purement internes régies par son droit.

2. Ces traités doivent limiter l'applicabilité du droit matériel aux situations ayant un lien pertinent avec au moins un Etat contractant. A cet effet, les traités pourront:

a) comporter des règles d'applicabilité définissant directement les situations auxquelles s'applique le droit uniforme; ou

b) comporter des règles sur le droit applicable; ou

c) renvoyer à des règles sur le droit applicable contenues dans un autre traité ou, à défaut, s'en remettre aux règles du droit international privé commun; ou

d) combiner les procédés de la lettre a) d'une part, des lettres b) et c) de l'autre.

3. Selon le système prévu par les lettre b) et c) de l'alinéa précédent, le droit matériel uniforme s'applique si le droit désigné par la règle de conflit est celui d'un Etat contractant et si la situation tombe dans le champ d'application du droit uniforme selon l'alinéa premier du présent article.

4. Ces traités devraient préciser si la volonté concordante des intéressés de voir appliquer, ou ne pas appliquer, le droit matériel uniforme l'emporte sur les règles d'applicabilité.

(E. Règles accessoires)

Article 7

1. Lorsqu'un traité sur la loi applicable ou la compétence des autorités contient accessoirement des règles de droit matériel uniforme, destinées à compléter ses règles de conflit ou à déroger à la loi désignée par celles-ci, l'applicabilité de ces règles est également déterminée par l'article 4.

2. Les règles de conflits de lois insérées dans un traité qui poursuit l'unification du droit matériel ne régissent, sauf dispositions contraires, que les situations tombant dans le champ d'application de ce droit.

(F. Critères utilisés par les règles d'applicabilité)

Article 8

Les critères utilisés dans les règles d'applicabilité devront être définis de manière précise. Il conviendra de fixer notamment:

a) le moment auquel le critère doit être apprécié;

b) la solution subsidiaire lorsque le critère désigne plusieurs Etats ou n'en désigne aucun.

IV. Réciprocité et réserves

(A. Réciprocité)

Article 9

Les autorités des Etats contractants ne peuvent vérifier la réciprocité dans l'application d'un traité que dans la mesure prévue par ce traité lui-même.

(B. Réserves)

Article 10

1. Les réserves à des traités d'application générale n'ont pas d'effet réciproque.

2. Lorsque les réserves à d'autres traités doivent avoir des effets de réciprocité, il convient de préciser le facteur qui, en rattachant une situation à l'Etat qui a fait la réserve, déclenche l'effet de réciprocité.

3. Dans les traités comportant des règles sur la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères, la reconnaissance et l'exécution des décisions de l'Etat qui a fait la réserve peuvent être soumises dans les autres Etats à des restrictions correspondantes.

Annexe

Table des conventions citées

	Paragraphes	
	Exposé préliminaire	Rapport définitif
A. Conventions de La Haye de droit international privé (Les chiffres romains se réfèrent au Recueil des Conventions de La Haye, La Haye 1977)		
Convention pour régler la tutelle des mineurs, du 12 juin 1902 (Makarov, Sources II, No 257, p. 626)	29	
Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, du 15 juin 1955 (III)	26, 31 (33 n. 32), 40, 45, 80	36, 51
Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, du 24 octobre 1956 (VIII)	31, 33, 35, 59, 79, 88, 91	
Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, du 15 avril 1958 (IX)	86	
Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, du 5 octobre 1961 (X)	29, 59	37
Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, du 5 octobre 1961 (XI)	61, 80, 85, 89	
Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption, du 15 novembre 1965 (XIII)	8 (33 n. 34), 46 52, 87	57

	Paragraphes	
	Exposé préliminaire	Rapport définitif
Convention sur les accords d'élection de for, du 25 novembre 1965 (XV)	86	
Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, du 1er février 1971 (XVI)	76	
Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, du 1er juin 1970 (XVIII)	86, 87, 89	
Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, du 2 octobre 1973 (XXIII)	86	26, 41
Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires, du 2 octobre 1973 (XXIV)	31, 33, 61, 63, 80	

B. Conventions ou projets divers

Convention franco-suisse sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements, du 15 juin 1869	28, 77	38
Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et la famille, du 5 avril 1967 (Rev. crit. 1969, p. 329)		38
Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (Rev. crit. 1970, p. 552)	84, 91	
Traité Benelux portant loi uniforme relative au droit international privé, du 3 juillet 1969 (Clunet 1969, p. 358)	4	
Commission des communautés européennes, Avant-projet de Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, 1972 (European Private International Law of Obligations, Tübingen 1975, p. 220, 230), divers textes ultérieurs	4, 90	36

	Paragraphes	
	Exposé préliminaire	Rapport définitif
C. Conventions sur le droit matériel uniforme		
(Les références Z–K se rapportent à *K. Zweigert* et *J. Kropholler*, Sources du droit uniforme international, Leiden 1971–1973, 3 vol., textes en anglais, français et allemand)		
Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, du 20 mars 1883 (version de Stockholm, 14 juillet 1967, Z–K No 325)	(95 n. 97)	
Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, du 9 septembre 1886 (diverses versions, Z–K No 301)	74, 95	13
Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement (avec Protocole de signature), Bruxelles, du 25 août 1924 («Hague Rules», Z–K No 211)	37, 39, 58	52
Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Varsovie, du 12 octobre 1929 (Z–K No 248). Amendée par les protocoles de La Haye du 28 septembre 1955 et de Guatemala City du 8 mars 1971. Voir aussi protocole additionnel No 3, ZLW 25 1976, p. 45	56	
Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (avec Protocole et Annexes I et II), Genève, du 7 juin 1930 (Z–K No 180) Convention destinée à régler certains conflits de lois en matière de lettres de change et de billets à ordre (avec Protocole), Genève, du 7 juin 1930 (Z–K No 181) Convention portant loi uniforme sur les chèques (avec Protocole et Annexes I et II), Genève, du 19 mars 1931 (Z–K No 183) Convention destinée à régler certains conflits de lois en matière de chèques (avec Protocole), Genève, du 19 mars 1931 (Z–K No 184)	3, 41, 94	48, 50

	Paragraphes	
	Exposé préliminaire	Rapport définitif
Convention concernant la déclaration de décès de personnes disparues, Lake Success, du 6 avril 1950 (Z-K No 105)	97	
Convention universelle sur le droit d'auteur, Genève, du 6 septembre 1952 (revisée à Paris, 24 juillet 1971, Z-K No 303)	(95 n. 97)	13
Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers, Rome, du 7 octobre 1952 (Z-K No 261)	97	
Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route, Genève, du 19 mai 1956 (CMR, Z-K No 280)	55, 69 (96 n. 97)	
Convention européenne relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs, Strasbourg, du 20 avril 1959 (Z-K No 194)	96	
Convention internationale concernant le transport de marchandises par chemin de fer, Berne, du 25 février 1961 (CIM, Z-K No 283)[1]	50, 69	
Convention internationale concernant le transport des voyageurs et des bagages par chemin de fer, Berne, du 25 février 1961 (CIV, Z-K No 385)[1]	50, 69	
Convention complémentaire à la Convention de Varsovie, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel, Guadalajara, du 18 septembre 1961 (Z-K No 253)	97	
Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention, Strasbourg, du 27 novembre 1963 (Z-K No 359)	95	

[1] Remplacée par les nouveaux textes de la CIM et de la CIV, du 7 février 1970.

	Paragraphes	
	Exposé préliminaire	Rapport définitif
Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (avec Annexe), La Haye, du 1er juillet 1964 (LUVI, Z–K No 137)	3, 4, 15, 17–23, 26–27, 34, 37, 40, 47, 53, 60, 62, 66, 67, 82, 92, 93	2, 47, 51, 55
Convention européenne en matière d'adoption des enfants, Strasbourg, du 24 avril 1967 (Z–K No 112)	6	
Conditions générales régissant la fourniture de marchandises applicables par les organismes d'importation et d'exportation des pays membres du Conseil d'aide économique mutuelle (Conditions générales de fourniture de 1968, Z–K No 155 modifiées 1975, voir Gesetzesblatt der DDR 30. Dez. 1975, II, No 14, p. 277)	6, 27, 51	58
Convention internationale relative au contrat de voyage, Bruxelles, du 23 avril 1970 (CCV)	56	
Convention relative à la limitation de la responsabilité des propriétaires de bateaux de navigation intérieure (CLN) du 1er mars 1973, RDU 1974 II, p. 102		
Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, Washington, du 26 octobre 1973 (Revue de droit uniforme 1974 I, p. 64)	97	
Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, New York, du 12 juin 1974 (Revue de droit uniforme 1975 I, p. 118)	4, 54, 82, (92 n. 95), 93	
Projet de convention portant loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels, 1974 (Revue de droit uniforme 1975 I, p. 68)	57	
Convention relative au transport par mer des passagers et de leurs bagages, Athènes, du 3 décembre 1974, textes français et anglais, RDU 1975 I, p. 142	(39 n. 37)	49

	Paragraphes	
	Exposée préliminaire	Rapport définitif
Draft Convention on the Carriage of Goods by Sea, adopted by UNCITRAL at its ninth Session, 1976, XV ILM 1976, p. 901		(49 n. 25)
Draft Convention on the International Sale of Goods, approved by UNCITRAL at its tenth Session, 1977, XVI ILM 1977, p. 1456		53, 63 (55 n. 30)

La pollution des fleuves et des lacs et le droit international

(Quinzième Commission)

Rapport provisoire

Jean J. A. Salmon

Introduction

En juin 1977, le rapporteur a transmis à la Quinzième Commission un exposé préliminaire qui se terminait par quelques questions sur l'avenir des travaux de la Commission et un projet de questionnaire. A l'exception du projet de questionnaire, l'exposé préliminaire est joint en annexe I (pp. 268 ci-dessous).

La Quinzième Commission s'est réunie à Oslo pendant la session de l'Institut. Elle a pris note des réponses écrites (MM. *Andrassy*, *McDougal*, *McWhinney*, *Zemanek* et *Žourek*) et orales (MM. *Parry*, *Rousseau* et *Valladão*) à l'exposé préliminaire. Elle a aussi bénéficié des avis de MM. *Seidl-Hohenveldern* et *Colliard*, qui avaient manifesté leur particulier intérêt pour les travaux de cette Commission.

A l'issue de cette réunion un certain nombre de points se sont trouvés acquis.

1. A l'exception de *M. Parry* qui estimait qu'il ne fallait pas isoler le problème de la pollution des fleuves et des lacs des autres problèmes de pollution, tous les membres de la Quinzième Commission étaient d'avis qu'il convenait de poursuivre les travaux.

2. La définition du terme «pollution» proposée par l'exposé préliminaire entraînait l'agrément. Pour mémoire il s'agit du texte suivant:

> «Toute modification physique, chimique ou biologique de la composition ou de l'état des eaux résultant directement ou indirectement d'une action de l'homme et qui a pour conséquence de porter atteinte aux utilisations que ces eaux ont vocation de satisfaire.»

Certes un des membres de la Commission, M. *Zemanek*, estimait qu'il fallait faire place à la notion de classe dans la qualité des eaux. Nous pensons

que cet aspect des choses trouve mieux sa place dans la partie de nos développements relatifs aux normes d'environnement.

La Commission estimait aussi que le domaine de ses travaux devait englober plutôt que les notions traditionnelles de pollution des «fleuves» et «lacs» celle de pollution «transfrontière affectant un bassin hydrographique qui s'étend sur le territoire de plus d'un Etat».

Un membre s'était posé la question de savoir si les travaux de la Commission engloberaient aussi les eaux phréatiques. Il semble que l'on s'accorde à reconnaître que les eaux phréatiques font partie d'un bassin hydrographique. Dans la mesure où la pollution peut s'y étendre, il n'y a aucune raison de les exclure.

La Commission décidait d'inclure les points suivants dans son programme de travail:

– examen des mécanismes de contrôle ou de gestion des Etats et des organes internationaux pour prévenir la pollution des eaux;

– examen du problème de la coordination entre organes internationaux;

– analyse de l'impact sur les pays en développement des règles ou politiques dégagées en particulier en considération de leur coût.

Grâce aux remarques des confrères, le questionnaire à adresser aux membres de la Commission fut remanié et arrêté dans la version que l'on trouvera en annexe II. Il fut adressé à tous les membres de la Commission. Celle-ci à la suite du décès de nos confrères Andrassy, Hambro et Van Panhuys a été complétée par le Bureau de l'Institut et se compose à ce jour comme suit: MM. *Colliard, Jennings, McDougal, McWhinney, Parry, Rousseau, Sette Câmara, Valladão, Verzijl, Zemanek, Ziccardi* et *Žourek*. A l'exception d'un d'entre eux, tous les membres de la Commission ont fait bénéficier le rapporteur de leur avis. M. *Seidl-Hohenveldern* ayant bien voulu répondre spontanément au questionnaire, sa réponse a été jointe aux autres. Elles sont jointes au présent rapport en annexe III.

I. Enseignement de la pratique conventionnelle

Sans vouloir accomplir un travail totalement exhaustif et en débutant en 1868, nous avons recensé quelque 150 traités relatifs en totalité ou par certains aspects au problème de la pollution[1].

Le plus souvent il s'agit de traités qui ont un objet plus large et dont une

[1] La liste en est donnée en annexe IV avec les indications sur les sources où les textes peuvent être consultés. Nous pourrons ainsi nous borner à des références très brèves et l'appareil de notes en sera allégé.

ou plusieurs clauses sont relatives à la pollution. Ainsi, la pratique enregistre une trentaine de conventions relatives à la pêche dans les eaux frontières, 60 conventions environ relatives aux frontières ou aux eaux frontières, quelque 30 traités portent sur certains fleuves ou lacs internationaux. Ce n'est qu'à partir de 1950 et surtout vers 1960 que des traités ont pour objet spécifique la pollution des fleuves ou des lacs internationaux; nous en avons trouvé une vingtaine. Ajoutons à cela quelques conventions diverses sur le libre commerce, des traités de paix, des conventions relatives à l'énergie nucléaire, la coopération dans le domaine de l'environnement, la protection des mers contre la pollution d'origine tellurique ou la réglementation de l'usage de produits (les détergents et le benzol).

Géographiquement ces conventions se répartissent comme suit ± 110 entre Etats européens, 25 entre Etats américains, 8 entre Etats africains, 4 entre Etats asiatiques et 5 à envergure plus large (not. des mers contre la pollution d'origine tellurique). Les conventions bilatérales dominent ± 120 contre ± 30 multilatérales.

L'appréhension de la question par les conventions retrace bien la prise de conscience progressive qui s'est opérée du problème de la pollution et des atteintes de plus en plus diversifiées aux utilisations possibles des cours d'eau internationaux. Un bon cinquième des conventions envisagées – les plus anciennes – se préoccupent de la défense de la pêche; la protection de la santé publique, la nécessité de préserver la pureté de l'eau pour des fins de consommation humaine ou animale, les fins agricoles, industrielles ou récréatives sont des finalités mentionnées rarement; deux conventions se préoccupent de la nécessité de préserver une qualité acceptable des eaux de mer; la plupart n'indiquent pas les fins pour lesquelles elles s'attachent à la protection de l'environnement aquatique.

Les obligations relatives à la protection du milieu aquatique

D'intérêt particulier pour notre étude sont les clauses qui créent des obligations internationales pour la protection du milieu aquatique.

La moisson est plus riche qu'il ne pourrait paraître de prime abord.

Au XIXe et au début du XXe siècle, on rencontre essentiellement des conventions qui interdisent de jeter dans les eaux des rivières ou lacs des matières ou résidus agricoles ou industriels nuisibles aux poissons en insistant parfois sur l'interdiction spécifique du rouissage ou du tannage[2].

[2] 11 juillet 1868, 9 décembre 1869, 25 mars 1875, 28 décembre 1880, 8 novembre 1882, 9 août 1883, 18 mai 1887, 5 novembre 1892, 5 juillet 1893, 3 juillet 1897, 2/22 février 1901, 29 novembre 1901, 15 janvier 1902, 9 mars 1904, 13 juin 1906, 16/29 octobre 1907, 6 avril

Les clauses de portée plus générale et libellant l'obligation de manière stricte deviennent ensuite assez fréquentes. L'ancêtre en la matière est sans doute l'article IV du traité du 11 janvier 1909 relatif à la frontière entre les Etats-Unis et le Canada[3]. On en trouve encore dans les traités suivants: germano-danois du 10 avril 1922[4], germano-belge du 6 novembre 1922[5], franco-allemand du 14 août 1925[6], polono-soviétique du 10 avril 1932[7], belgo-britannique du 22 novembre 1934 relatif à la frontière entre le Tanganika et le Ruanda-Urundi[8], polono-soviétique du 8 juillet 1948[9], finno-soviétique du 9 décembre 1948[10], roumano-soviétique du 25 novembre 1949[11], Norvège-U.R.S.S. du 29 décembre 1949[12], hungaro-soviétique du 24 février 1950[13],

1908, 29 juin et 14 juillet 1920, 28 octobre 1922, 28 avril 1923, 10 décembre 1927, 29 janvier 1928, 14 novembre 1928, 12 décembre 1928, 25 janvier 1931, 14 décembre 1931, 21 avril 1938, 5 août 1942, 9 décembre 1948, 24 septembre 1952, 20 mai 1953, 19 février 1957, 25 mai 1957, 29 janvier 1958, 14 juillet 1959, 15 novembre 1960, 16 septembre 1971 et 24 novembre 1975.

[3] «It is further agreed that the waters herein defined as boundary waters and waters flowing across the boundary shall not be polluted on either side to the injury or health or property of the other.» Cette obligation fut réaffirmée entre parties dans le préambule de l'accord du 15 avril 1972.

[4] Art. 29: «L'utilisation de l'eau ne doit: 1. ni modifier le flot montant ni souiller l'eau de manière à porter préjudice à des tiers.»

[5] Art. III, 2. al. 3 *in fine:* «Il est interdit, en tous cas, de laisser s'écouler dans les ruisseaux et fossés des eaux nuisibles à la santé publique.»

[6] Art. 44: «chaque partie prendra, en ce qui la concerne, les mesures d'hygiène nécessaires pour assurer la pureté et la salubrité des eaux.»

[7] Art. 7.3 «Il est interdit de polluer ou d'empoisonner les eaux par le jet d'acides ou d'autres résidus d'usines ou d'établissements industriels, ainsi que par tout autre moyen, dont la nocivité serait reconnue par les autorités frontalières.»

[8] Art. 3: «Les gouvernements contractants n'autoriseront ... aucuns travaux de nature minière ou industrielle qui pourraient polluer les eaux d'une rivière (...) ou amener dans ces eaux des substances vénéneuses, nocives ou polluantes.»

[9] Art. 17: «Les autorités compétentes des parties contractantes prendront des mesures pour assurer la pureté des eaux frontières afin d'empêcher qu'elles ne soient empoisonnées ou polluées par des acides et des déchets d'usines ou d'établissements industriels, par le rouissage du lin et du chanvre et par toute autre source de pollution.»

[10] Art. 13: «Les parties contractantes veilleront à ce que les eaux frontières restent propres et ne subissent aucune pollution ou souillure artificielle (...).»

[11] Art. 17: «The competent authorities of the Contracting Parties shall take steps to maintain the frontier waters in such due state of cleanliness as to prevent the waters from being poisoned or polluted by acids or refuse from factories or industrial establishments, or from being fouled by any other means.»

[12] Art. 14: «Les parties contractantes veilleront à ce que les eaux frontières restent propres et ne subissent aucune pollution ou souillure artificielle (...).»

[13] Art. 17: «The competent authorities of the Contracting Parties shall take steps to

R.D.A. – Pologne du 6 février 1952[14], austro-hongrois du 9 avril 1956[15], franco-allemand du 27 octobre 1956 sur le règlement de la question sarroise[16] et à la même date au sujet de la canalisation de la Moselle[17], Tchécoslovaquie – U.R.S.S. du 30 novembre 1956 [18], Iran – U.R.S.S. du 14 mai 1957[19], Afghanistan – U.R.S.S. du 18 janvier 1958[20], Finlande – U.R.S.S. du 23 juin 1960[21], Pologne – U.R.S.S. du 15 février 1961[22], hungaro-roumain du 13 juin 1963[23],

maintain the frontier waters in such due state of cleanliness as to prevent the waters from being poisoned or polluted by acids or refuse from factories or industrial establishments, or from being fouled by any other means.»

[14] Art. 17: «En vue de maintenir les eaux frontières en bon état, chacune des parties contractantes s'engage: (...) 4. à éviter, au moyen des mesures et des installations appropriées, que les eaux du secteur frontière s'écoulant dans l'Oder ou dans la Neisse de Lusace, ou les égouts des villes, villages ou usines n'introduisent dans l'un ou l'autre de ces cours d'eau des impuretés physiques, chimiques ou bactériologiques qui risquent, de par leur nature ou leur quantité: a) de rendre les eaux impropres aux usages domestiques, à l'adduction d'eau et aux usages industriels ou agricoles; b) de provoquer l'envasement, la corrosion et l'envahissement, par des animaux ou plantes aquatiques, des ponts, des épis et autres ouvrages et installations ainsi que des bateaux; c) de provoquer un envasement anormal du lit et des rives; d) de compromettre le développement normal de la flore et de la faune particulières à ces cours d'eau.»

[15] Art. 2.7.: «En vue de prévenir la pollution des eaux frontalières, les Etats contractants s'efforceront de veiller à ce que les usines, mines et entreprises industrielles ou autres, ainsi que les localités habitées ne déversent leurs eaux de déchet dans les dites eaux qu'après leur avoir fait subir le filtrage voulu (...).»

[16] Art. 8: «Les deux gouvernements prennent chacun dans le domaine de sa compétence, les mesures nécessaires en vue d'assurer la pureté et la salubrité des eaux de la Sarre (...).»

[17] Art. 55: «Les Etats contractants prendront les mesures requises pour assurer la protection des cours de la Moselle (...) contre leur pollution et, à cet effet, une collaboration appropriée s'établira entre les services compétents des dits Etats.»

[18] Art. 14: «Les parties contractantes veilleront à ce que les eaux frontières restent propres et ne subissent aucune pollution ou souillure artificielle (...).»

[19] Art. 10 – § 1: «Les parties contractantes veilleront à ce que les eaux frontières restent propres et ne subissent aucune pollution ou souillure artificielle (...).»

[20] Art. 13: «Les parties prendront les mesures nécessaires pour empêcher que les eaux frontières ne soient polluées par des acides ou déchets divers, ou souillées de toute autre manière.»

[21] Art. 15: même texte qu'en note 18.

[22] Art. 19: «Les autorités compétentes des parties contractantes prendront des mesures pour assurer la propreté des eaux frontières et, à cet effet, veilleront à ce qu'elles ne soient polluées ni souillées par des substances chimiques ou des déchets d'établissements industriels, par le rouissage du lin ou du chanvre, ou de toute autre manière.»

[23] Art. 16 – § 1: «chacune des parties contractantes veillera à ce que les eaux fron-

finno-soviétique du 24 avril 1964[24], Argentine–Chili du 26 juin 1971[25], Argentine – Uruguay du 9 juillet 1971[26], Argentine – Bolivie du 12 juillet 1971[27] et Argentine – Uruguay du 19 novembre 1973[28] et enfin dans la convention sur la protection de la mer Méditerranée contre la pollution[29].

Il arrive aussi que l'obligation stricte de ne pas polluer soit limitée à une rivière ou une situation bien particulière[30] ou encore soit limitée quant à l'agent polluant[31].

tières soient maintenues en bon état et prendra des mesures pour éviter que leurs rives ne soient endommagées intentionnellement.»

[24] Art. 4: «Les parties contractantes prendront des mesures pour éviter que les eaux frontières ne soient polluées par les eaux industrielles ou ménagères non épurées, par les déchets provenant du bois flotté ou des bateaux, ou par d'autres matières de nature à provoquer immédiatement ou à la longue l'envasement des cours d'eau ou une détérioration de la composition de l'eau, à menacer les ressources halieutiques, à déparer considérablement le paysage, à nuire à l'hygiène publique ou à entraîner d'autres conséquences analogues néfastes pour la population et l'économie.»

[25] Art. 2: «Les parties éviteront de polluer leurs fleuves et leurs lacs de quelque manière que ce soit et assureront la conservation des ressources écologiques des bassins des fleuves qui leur sont communs dans les régions relevant de leur juridiction respective.»

[26] Art. 2: texte analogue à celui de la note précédente.

[27] Art. 2: texte identique à celui de la note 24.

[28] Art. 48: «The Parties pledge each other to protect and preserve the aquatic resources and particularly to prevent their contamination, by issuing rules and adopting appropriate measures pursuant to applicable international conventions, and as far as pertinent, adapted to the guidelines and recommendations of international technical organs.»

[29] Art. 8: «The Contracting Parties shall take all appropriate measures to prevent, abate and combat pollution (...).»

[30] Ainsi le traité Belgique – R.F.A. du 24 septembre 1956 prévoit en son article 7: «Etant donné l'importance que présente pour la Belgique la question de la pureté des eaux de la Vesdre, le gouvernement fédéral prendra les mesures nécessaires pour prévenir la pollution des eaux de la Vesdre dans la région de Roetgen – Schwerzfeld»;

autre exemple: l'article 11 de l'avenant franco-espagnol du 24 septembre 1952: «Il est expressément défendu (...) 3° De jeter dans la rivière ou la baie du Figuier des drogues, matières explosives ou appâts qui seraient de nature à enivrer ou à détruire le poisson. En particulier, les usines qui déversent des eaux usées, en quelque point que ce soit du cours (...) de la Bidassoa, devront être munies d'un procédé de filtrage rendant ces eaux inoffensives pour les diverses espèces de poissons.»

[31] Ainsi l'accord du 14 février 1925 entre la Finlande et la Norvège sur le flottage du bois se borne à interdire la pollution par écorces (art. III), la convention Euratom du 25 mars 1957 à exiger le respect de normes de bases en matière nucléaire (art. 33), l'accord du 27 février 1959 entre les Etats-Unis et le Canada relatif au Saint-Laurent maritime se limite à interdire le rejet de cendres, mazout, déchets huileux par les machines, installations, bateaux et chalands utilisés aux travaux d'aménagement du Saint-Laurent, la convention

D'autres accords établissent des normes d'environnement. Nous en reparlerons plus loin.

D'autres accords enfin, en général parmi les plus récents, se montrent moins exigeants; ils prennent en quelque sorte acte de la situation de pollution des fleuves et par des formules diverses imposent aux cocontractants des obligations moins contraignantes[32].

Canada–U.S.A. des 8 juin 1959 et 17 octobre 1971 relative aux travaux d'amélioration du chenal dans le lac Erié prévoit que les engins ne devront pas évacuer cendres, mazout ou huiles dans le lac; le traité relatif à la liaison Escaut–Rhin du 13 mai 1963 entre la Belgique et les Pays-Bas oblige la Belgique à combattre la salinité et la pollution des eaux (art. 3, h) et les deux parties à empêcher que les ordures, huiles ou autres matières flottantes n'atteignent certaines parties de la voie navigable (art. 17, § 1); la convention du 23 septembre 1966 entre la Belgique et la France relative à la protection radiologique concernant les installations de la centrale nucléaire des Ardennes fixe les conditions à respecter pour éviter la pollution par déchets radioactifs; la convention du Conseil de l'Europe du 16 septembre 1968 relative à l'emploi de détergents dans les produits de lavage et de nettoyage exige que les parties prennent des mesures pour que les détergents soient biodégradables à 80%; l'accord du 30 août 1973 entre le Mexique et les Etats-Unis sur la salinité du fleuve Colorado prévoit pour les Etats-Unis l'obligation de fournir de l'eau avec un taux maximum de salinité. Les commissions internationales de navigation prévoient habituellement dans leurs règlements de navigation des dispositions interdisant la pollution par produits pétroliers ou autres résidus (ainsi pour le Rhin et le Danube). Nous ne reviendrons pas, enfin, sur les conventions de pêche qui interdisent des produits spécifiques nuisibles aux poissons.

[32] Ainsi l'article 1 de la convention France – Italie du 17 décembre 1914 «[Les Hautes parties contractantes] déclarent qu'elles n'autorisent dans le lit des dits cours d'eau, aucun dépôt de matériaux sans imposer les mesures nécessaires pour empêcher, dans la limite du possible, leur entraînement dans l'Etat d'aval.»

Ainsi l'arrangement Belgique–Allemagne des 25 octobre–7 novembre 1929 art. 70: «Le gouvernement belge et le gouvernement allemand s'engagent à n'aggraver en rien le régime actuel des cours d'eau qui traversent la frontière (...)»; l'accord Pologne–Tchécoslovaquie du 21 mars 1958, art. 3 § 4: «les parties sont convenues de réduire graduellement la pollution des eaux frontières et de maintenir lesdites eaux à un degré de pureté qui sera spécialement déterminé dans chaque cas particulier en fonction des possibilités et des besoins économiques et techniques des deux Etats»; l'accord Pays-Bas–R.F.A. art. 58 § 2. «...les parties contractantes prendront et appuyeront, dans un délai convenable toutes les mesures nécessaires pour: (...) 2) prévenir une pollution excessive des eaux frontières, susceptibles de porter gravement atteinte à l'usage que, selon la coutume, l'Etat voisin fait des eaux»; le traité du 19 septembre 1960 entre l'Inde et le Pakistan sur les eaux de l'Indus, art. IV «Chaque partie se déclare résolue à prévenir, dans la mesure du possible, toute pollution exagérée des eaux des rivières qui pourrait empêcher de les utiliser aux mêmes fins qu'à la date de mise en application, et s'engage à prendre toutes mesures raisonnables pour que les eaux d'égout et les déchets industriels, avant d'être déversés dans les rivières, soient, si besoin est, traités de manière à ne pas compro-

Pour le reste les obligations que comportent de nombreuses conventions internationales relèvent de la coopération internationale. Nous les analyserons plus loin.

Il découle de ce rapide examen des obligations conventionnelles que celles-ci sont dans l'ensemble fréquentes et imposent des comportements très souvent stricts dans le domaine qui nous intéresse.

Si l'on met à part le projet de convention européenne pour la protection des cours d'eau internationaux contre la pollution, aucun traité n'a de portée générale consacrant des solutions pour un ensemble de fleuves internationaux. Aucun ne se pose en codificateur de coutume internationale. Néanmoins, l'ampleur de la pratique conventionnelle porte à considérer que les Etats acceptent assez généralement que leur liberté en matière d'usage polluant des fleuves soit sérieusement amputée.

Il convient maintenant de se demander si des principes de droit international général, qu'ils soient issus de coutumes, de principes généraux du droit ou de résolutions d'organisations internationales, informent aussi la matière.

II. Enseignement dégagé par le droit international général

A. Généralités

L'opinion selon laquelle – à défaut d'obligations conventionnelles – il n'y aurait en matière fluviale aucune limite à la souveraineté des Etats n'est

mettre les dites utilisations; pour déterminer si une mesure est ou non «raisonnable» on s'inspirera des pratiques suivies, en pareilles circonstances, le long des rivières; l'accord Pologne–U.R.S.S. du 17 juillet 1964, art. 11: «Elles (les parties) s'efforceront de préserver la pureté des eaux frontières, prendront les mesures nécessaires pour assurer l'épuration et la salubrité voulues des eaux usées et ne déverseront aucune eau usée susceptible de causer une pollution nocive dans les eaux frontières»; l'accord Autriche–Tchécoslovaquie du 7 décembre 1967: art. 4 § 2 «(...) elles (les parties) encourageront aussi le maintien de la propreté des eaux frontalières (...)»; l'accord R.F.A–R.D.A. du 20 septembre 1973: «Each side agrees to take all possible measures to prevent the spreading to the territory of the other, of damage caused on its own territory»; selon l'art. 2 du projet de convention européenne pour la protection des cours d'eau internationaux contre la pollution «chaque partie contractante s'efforcera de prendre, pour toutes les eaux superficielles de son territoire toutes mesures propres à réduire la pollution existante et à prévenir de nouvelles formes de pollution des eaux»; les deux conventions du 3 décembre 1976 sur la protection du Rhin contre la pollution chimique et par chlorides participent de la même conception des choses.

plus guère soutenue aujourd'hui. Plusieurs auteurs mettent même en doute que le Secrétaire d'Etat Harmon ait, en exprimant la célèbre doctrine qui porte son nom, voulu aller aussi loin qu'on le prétend[33].

Stainov est une des rares autorités à soutenir que la matière de la pollution n'est pas plus régie par des coutumes internationales que par des principes généraux du droit international[34].

Questionnée sur le point de savoir s'il n'existe aucune norme de droit international général interdisant de polluer, la Commission dans son ensemble me paraît estimer qu'il existe, sinon une norme de droit international général spécifique à la matière de la pollution, du moins des normes de droit international non-spécifiques à la matière de la pollution mais susceptibles de s'y appliquer.

C'est ainsi que MM. *McDougal*, *Seidl-Hohenveldern*, *Valladão*, *Verzijl*, *Zemanek*, *Ziccardi* et *Žourek* répondent sans réserve qu'il existe une règle générale interdisant de polluer – éventuellement en voie de formation (M. *Ziccardi*). Nos collègues qui nient l'existence d'une règle interdisant spécifiquement de polluer, décèlent néanmoins dans d'autres principes une base juridique à l'interdiction de polluer. S'exprimant en réponse à la question 1 ou à la question 3, voient un fondement à l'interdiction de polluer, M. *Colliard*, dans les notions d'abus de droit, le droit du voisinage et le principe d'utilisation non-dommageable (utilisation innocente), *M. Jennings*, dans la notion d'utilisation non-dommageable du territoire, M. *Rousseau*, dans les principes du droit du voisinage, la notion d'abus de droit et le principe de l'égalité du droit d'utilisation des eaux, M. *Sette-Câmara*, dans le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* et celui de l'utilisation non-dommageable du territoire.

B. Fondement de l'interdiction de polluer

A défaut d'une norme de droit international général interdisant spécifiquement de polluer, la doctrine a recherché le fondement de l'interdiction de polluer dans des principes connexes, à l'examen desquels il y a lieu de s'arrêter un instant.

[33] *Lester, A. P.*, River Pollution in International Law, AJIL, 1963, p. 831–832 et *Dickstein, H. L.* International Lake and River Pollution Control: Questions of Method, Columbia Journal of Transnational Law 1973, p. 491.

[34] *Stainov, P.*, Les aspects juridiques de la lutte internationale contre la pollution du Danube, R.G.D.I.P. 1968, p. 115.

a) Les principes de l'interdiction de l'abus de droit et *sic utere tuo ut alienum non laedas* sont fréquemment invoqués en doctrine

Les notions sont voisines et fréquemment prises l'une pour l'autre. La première aboutit d'ailleurs au même résultat que la seconde. Le droit dont il convient de ne pas abuser est le droit d'user des eaux des fleuves et lacs coulant sur son territoire. Implicitement l'abus commence là où autrui subit un dommage du fait de cette utilisation de manière polluante.

La notion d'abus de droit est ainsi invoquée par Sir Hersch Lauterpacht, Kiss et Lambrechts[35], non sans que ces deux derniers relèvent d'ailleurs l'insuffisance de la notion pour régir une matière qui requiert une réglementation internationale détaillée. D'autres ont indiqué les limites de la notion. Ainsi, Lester[36]. M. *Seidl-Hohenveldern* souligne également que la théorie de l'abus de droit est une formule sans contenu précis. De quel droit s'agit-il et où commence l'abus? s'interroge-t-il. M. *Verzijl* est plus critique. Il voit dans l'abus de droit une notion foncièrement erronée.

Le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* bénéficie d'une large faveur en doctrine[37].

Notre regretté président d'honneur Charles De Visscher s'était prononcé en ce sens:

«Tout comme les problèmes d'utilisation des eaux d'intérêt commun, celui de la pollution révèle l'interdépendance des Etats concernés et fait appel au principe de justice naturelle: *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Son applicabilité à la matière n'est pas douteuse[38].»

[35] Sir *Hersch Lauterpacht*, International Law, vol. I. Longmans Green and Co, London, 8th. ed. 1957; «The duty of the state not to interfere with the flow of a river to the detriment of other riparian states has its source in the same principle». Le principe en question est celui d'*abuse of rights* (§ 155aa); *Kiss, A.-Ch.*, L'abus de droit en droit international, L.G.D.J. Paris, 1953, p. 35–36 et 61–63; *Kiss, A.-Ch.*, et *Lambrechts, Ch.* La lutte contre la pollution de l'eau en Europe occidentale, A.F.D.I., 1969, p. 719. v. encore *Bin Cheng*, General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, qui range – comme Sir *Hersch* (ibid. p. 346 note 5) – l'affaire de la *Fonderie de Trail* sous le principe d'abus de droit, p. 130, London 1953.

[36] *Lester, A. P.*, article cité p. 834.

[37] *Bystricky, R.*, La pollution des eaux de surface du point de vue international, Revue de droit contemporain, 1966, n° 2, p. 76; *Dobbert, J.P.*, Water Pollution and International River Law, Yearbook of the AAA, 1965, p. 79; *Jiménez de Aréchaga, E.*, International Legal Rules Governing Use of Waters from International Watercourses, Inter American Law Review, 1960, p. 331; Sir *H. Lauterpacht*, ibidem § 155aa; *Lester, A. P.*, op. cit., p. 835 et 847; *Suy, E.* (au titre de délégué de la Belgique à l'O.N.U.), R.B.D.I. 1973, p. 241.

[38] *De Visscher, Ch.*, Problèmes de confins en droit international public, Paris, Pedone 1969, p. 80.

L'International Law Association se réfère au même principe dans le commentaire de l'article X de ses «Helsinki Rules»[39].

Pour ce qui concerne notre Commission, se prononcent pour les deux principes: M. *Ziccardi;* pour l'abus de droit: MM. *Colliard, McWhinney, Rousseau* et *Valladão*, et pour le principe *sic utere tuo:* MM. *Jennings* et *Sette-Câmara.*

MM. *McDougal* et *Zemanek* se prononcent également pour les deux principes tout en faisant valoir, ce qui nous paraît important, l'interdépendance existant entre divers fondements.

b) La notion de servitude

La Commission est unanime en revanche à repousser la notion de servitude comme fondement. Ainsi, MM. *Colliard, Jennings, McDougal, Seidl-Hohenveldern, Sette-Câmara* (qui cite l'opinion négative de Lester) et *Verzijl* qui ne voit aucune utilité à appliquer le concept de servitude à des situations d'extension mondiale et ne reposant sur aucun titre spécial. M. *Jennings* démontre au demeurant de manière définitive la non-applicabilité ici de ce concept en soulignant qu'une servitude est le droit dont un utilisateur bénéficie sur le territoire d'un autre et pas le droit d'utiliser les ressources qui proviennent du territoire d'un autre. M. *Seidl-Hohenveldern* le rejoint en ne voyant pas comment cette notion, si étroitement liée à la protection du propriétaire du *praedium dominans* pourrait être appliquée dans le domaine de la pollution.

c) Les principes découlant des rapports de voisinage

Notre regretté confrère J. Andrassy était, on s'en souviendra, partisan prosélythe de l'application ici d'une théorie que ses remarquables travaux n'avaient pas peu contribué à établir[40]. L'Institut, à Salzbourg, suivit cet éminent rapporteur en adoptant dans le préambule de la résolution relative à l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) un alinéa ayant le contenu suivant:

«Considérant que l'obligation de ne pas porter un préjudice illégitime à autrui est un des principes fondamentaux régissant les rapports de voisinage en général.»

J. Ballenegger, dans un ouvrage récent[41] retient aussi ce principe, qui est

[39] I.L.A. Rapport de la commission Waters of International Rivers, 1966, p. 497.

[40] *Andrassy, J.*, Les relations internationales de voisinage, R.C.A.D.I., 1951, II, p. 80–81 et L'utilisation des cours des bassins fluviaux internationaux, Revue égyptienne de droit international, 1960, p. 23.

[41] *Ballenegger, J.* La pollution en droit international, Genève, Droz 1975, p. 21 et 72 notamment.

à la base de la décision du Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Solothurn c. Aargau:*

«...the Canton of Solothurn appears in fact to have been injured in its territorial majesty and in its sovereignty by the attitude of the Canton of Aargau. If objection should be made thereto, to the effect that the Canton of Aargau for its part may use its territory or cause it to be used as it pleases, the reply must be that in international law, especially in relations within federal states, the principle of law of vicinity holds to the effect that the exercise of one's own rights should not prejudice the rights of one's neighbours; these rights are of equal value, and in case of dispute a rational compromise must take place according to the natural conditions[42].»

Ce principe est également vu avec faveur par la majorité de notre Commission notamment MM. *Colliard, Jennings, McDougal, McWhinney, Rousseau, Verzijl* et *Zemanek.*

M. *Seidl-Hohenveldern* est également prêt à s'y rallier «si on entend par là l'expression de la nécessité de bien vivre ensemble en bons voisins».

d) Le principe d'égalité de droit d'utilisation des eaux et d'exploitation des ressources naturelles

Brierly a bien montré l'impact du principe d'égalité de droit d'utilisation sur les questions fluviales:

«Each state has in principle an equal right to make the maximum use of the water within its territory, but in exercising this right must respect the corresponding rights of other states[43].»

Erik Suy a également souligné que le droit d'un Etat d'utiliser l'eau des fleuves qui traversent son territoire

«a toutefois pour limite le droit d'utilisation des autres Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin hydrographique[44].»

L'impact de l'égalité de droit a été reconnu dans plusieurs affaires judiciaires relatives aux fleuves:

[42] Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, A.S. 26. I nº 83. 444 (1900), traduction du Dr *D. Schindler,* The Administration of Justice in the Swiss Federal Court in Intercantonal Disputes, AJIL 1921, p. 173.

[43] *Brierly, J. L.,* The Law of Nations, sixth ed., Oxford, Clarendon Press 1963 (ed. Sir Humphrey Waldock), p. 231.

Voir aussi l'art. 2 du Traité franco-italien du 17 décembre 1974: «(...) Chacun des deux Etats déclare ne pouvoir, sur son territoire, utiliser ou laisser utiliser l'eau d'une manière qui porte atteinte au droit d'égale utilisation par l'autre Etat ou ses ressortissants, sur l'autre rive, sans le consentement de celui-ci.»

[44] *Suy, E.* déclaration précitée, R.B.D.I. 1973, p. 242.

Ainsi l'affaire *Kansas v. Colorado* (détournement des eaux de l'Arkansas):

«...one cardinal rule, underlying all the relations of the states to each other, is that of equality of right[45]»,

ou celle du *Canton d'Argovie c. le canton de Zurich:*

«...le canton d'Argovie ne peut pas exiger, sans vider le principe de l'égalité des droits, que le canton de Zurich soumette l'utilisation des forces hydrauliques sur son territoire à des limites exceptionnelles afin que lui, le canton d'Argovie, puisse utiliser les siennes sans restrictions[46].»

Voyez encore l'extrait précité dans l'affaire *Solothurn c. Aargau.*

Ce principe a été exprimé dans la déclaration de Montevideo de la 7e Conférence internationale des Etats américains (1933):

«2. Los Estados tienen el derecho exclusivo de aprovechar, para fines industriales o agrícolas, la margen que se encuentra bajo su jurisdicción, de las aguas de los ríos internacionales. Ese derecho, sin embargo, está condicionado en su ejercicio por la necesidad de no perjudicar el igual derecho que corresponde al Estado vecino en la margen de su jurisdicción[47].»

Dans le même sens on rappellera l'article 2 de la résolution de Salzbourg du 11 septembre 1961 de notre Institut:

«Tout Etat a le droit d'utiliser les eaux qui traversent ou bordent son territoire sous réserve des limitations imposées par le droit international et notamment de celles résultant des dispositions qui suivent.

Ce droit a pour limite le droit d'utilisation des autres Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin hydrographique.»

Il ne suffit pas cependant d'affirmer un principe d'égalité de droit d'utilisation, encore faut-il en déterminer les conséquences.

La déclaration précitée de Montevideo en tire des conclusions assez paralysantes puisqu'elle exige le consentement des autres Etats intéressés:

«En consecuencia, ningún Estado puede, sin el consentimiento del otro ribereño, introducir en los cursos de aguas de carácter internacional, por el aprovechamiento industrial o agrícola de sus aguas, ninguna alteración que resulte perjudicial a la margen del otro Estado interesado[48].»

Des auteurs comme Baskin suggèrent que:

[45] Cour Suprême des Etats-Unis, 206 U.S. (1907), 97.

[46] Arrêt du Tribunal fédéral suisse du 12 janvier 1978, Arrêts du Tribunal fédéral suisse, vol. IV, p. 34.

[47] OEA/Ser I/VI – C.I.J. – 75 rev. 2, p. 111.

[48] Ibid.

«les gouvernements riverains, sans sacrifier leurs droits souverains, collaborent dans une utilisation collective des ressources en eau et par conséquent, de leur protection[49].»

Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral avait déclaré:

«En réalité, les Etats ont aujourd'hui parfaitement conscience de l'importance des intérêts contradictoires, que met en cause l'utilisation industrielle des fleuves internationaux, et de la nécessité de les concilier les uns avec les autres par des concessions mutuelles (...).»

et souligné:

«...combien sont intimement liées l'obligation de tenir compte, au cours des tractations, des intérêts adverses, et l'obligation de faire à ceux-ci dans la solution retenue une place raisonnable[50].»

C'est ainsi qu'une partie importante de la doctrine en est venue à faire une place à la notion d'*utilisation équitable* des eaux[51].

Notre Institut s'est engagé dans cette voie à Salzbourg:

«Art. 3. Si les Etats sont en désaccord sur la portée de leurs droits d'utilisation, le règlement se fera sur la base de l'équité, en tenant compte notamment de leurs besoins respectifs, ainsi que des autres circonstances propres au cas d'espèce.»

De la notion d'utilisation équitable on passe à celle d'*équilibre raisonnable des intérêts*[52].

La recherche de l'équilibre des intérêts fut certainement un objectif du tribunal d'arbitrage dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*[53].

[49] *Baskin, J. J.* Questions de droit international relatives à la pollution des eaux, R.G.D.I.P. 1969, p. 428.

[50] R.S.A., XII, p. 308 et 316.

[51] *Brierly*, op. cit. p. 231; *Suy*, op. cit. p. 242; Art. X des Helsinki rules «consistent with the principle of equitable utilization of the waters of an international drainage basin, a state...»; le projet de proposition élaboré par un sous-comité du Comité juridique consultatif africano-asiatique en 1973. A/CN. 4/274, vol. II p. 263 (proposition VIII); *De Visscher, Ch.*, Les confins... p. 79.

Gaja parle plutôt de «part équitable» ("equitable share of water resources", River pollution in International Law, Académie de droit international de La Haye, Colloque 1973, La protection de l'environnement et le droit international, Sijthof, Leiden, 1975, p. 364 à 367. Cette notion est critiquée par notre confrère Sette-Câmara dans ses observations.

[52] *Gaja* op. cit. p. 370 et ss. (weighing up of advantages and needs), *Lester, A. P.* op. cit. p. 840 (balancing of interests); *Handl, G.* Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses, Customary Principles of Law Revisited, Annuaire canadien de droit international, 1975, p. 156–194.

[53] "It would not be to the advantage of the two countries concerned that industrial effort should be prevented by exaggerating the interests of the agricultural community. Equally it would not be to the advantage of the two countries that the agricultural com-

Dans l'affaire de l'*utilisation des eaux du Danube* qui devait opposer le Wurtemberg et la Prusse à Baden, la Cour constitutionnelle allemande déclara:

"The utilization by a state in its own territory of a river which is common to two or more states is subject to the international legal principle that thereby no other member of the international community must suffer an injury ... no state may seriously prejudice the other state's naturally utilization of the watercourse ...

In applying this principle to the individual case particular circumstances must be taken into account. Justified interests of the states concerned must be weighed against each other in an equitable way. Not only the absolute extent of the injury suffered by one state through the action of the other has to be taken into consideration but also the relation between the benefit of the one to the injury of the other[54]."

Dans l'affaire *New Jersey v. New York*, l'Etat de New York avait l'intention de détourner une partie des eaux d'un affluent du Delaware pour augmenter les ressources d'eau de la ville de New York. New Jersey s'y opposait en soutenant que cela aurait pour effet d'accroître la salinité de la rivière et de porter dommage aux cultures d'huîtres. M. Justice Holmes déclara:

"Both States have real and substantial interests in the river that must be reconciled... The effort is always to secure an equitable apportionment without quibbling over formulas[55]."

Ainsi que nous le verrons plus loin, la recherche d'un équilibre des intérêts est aussi la leçon qui découle de la pratique étatique en cas de pollution des fleuves et lacs internationaux.

La théorie de l'utilisation équitable et son corollaire d'équilibre raisonnable des intérêts ont pour effet de considérer la pollution comme le résultat d'un usage du fleuve considéré sinon comme légitime du moins comme souhaitable[56], par exemple: rejet de substances à la suite d'un usage agricole ou industriel, augmentation de la chaleur de l'eau par une centrale nucléaire. En mettant en balance les intérêts de l'Etat d'aval et ceux de l'Etat d'amont on risque souvent d'aboutir à une double pollution et en tout cas à une légalisation de la pollution. Ce raisonnement a pour effet indiscutable d'escamoter les préoccupations écologiques[57].

munity should be oppressed to advance the interest of industries ... the desire of the high contracting parties is to reach a solution just to all parties concerned." Sentence du 11 mars 1941 (R.S.A. III, p. 1938).

[54] Arrêt du 17–18 juillet 1927, A.D.I.L.C. 1927–1928, p. 128.

[55] 283 US (1931) 342.

[56] Voyez par exemple *Gaja*, op. cit., p. 371.

[57] Voyez à cet égard les pertinentes critiques des Helsinki Rules faites par *Dickstein*,

Les vues de notre Commission sur le principe d'égalité de droit d'utilisation des eaux et d'exploitation des ressources naturelles sont partagées et dans l'ensemble réticentes.

Il s'agit d'un élément parmi d'autres à prendre en considération pour MM. *McDougal, Rousseau, Zemanek* et *Ziccardi.*

Plusieurs confrères expriment leurs réserves voire leur opposition à la notion. Tel est le cas de M. *Colliard,* de M. *Seidl-Hohenveldern* qui y voit le risque d'une double pollution et exprime le sentiment que ce principe n'est acceptable que si l'on se met préalablement d'accord sur le seuil de pollution qui ne peut être dépassé, de M. *Jennings* qui craint également que le principe – s'il existe – n'aboutisse à un double droit de polluer. M. *Sette-Câmara* et M. *Verzijl* critiquent le caractère vague du principe. MM. *McWhinney* et *Žourek* ne retiennent pas cette notion comme fondement d'une interdiction de polluer.

e) Le principe d'utilisation non dommageable du territoire, en particulier dans sa formulation de Stockholm (principe 21)

Nombreux sont ceux qui ont relevé la pertinence en matière de pollution de l'obligation dégagée dans l'Arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'Affaire du *Détroit de Corfou:*

«... l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats[58].»

La célèbre sentence arbitrale rendue entre le Canada et les Etats-Unis dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* est également citée fréquemment:

«... 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 a serious consequence ...[59].»

p. 497 et *Bourne, C. B.* International Law and Pollution of International Rivers and Lakes, University of British Columbia Law Review 1971, vol. 6, p. 126 et s.

[58] C.I.J. Recueil, 1949, p. 22. Sans citer cet arrêt les auteurs du Manual of Public International Law édité par notre confrère Max Sørensen le rejoignent en déclarant: "The basic rule may be said to express the duty to use river waters in a manner which is not detrimental to the interests of other riparian states" (p. 330). Notre regretté confrère Wilfred Jenks estimait qu'en l'absence de traité "claims by an injured state for abatement or compensation in respect of damage caused by fresh water pollution originating within the jurisdiction of another state must be dealt with on the basis of general international law, including the principle affirmed in the *Corfu Channel case*..." Liability for Ultra hazardous Activities in International Law, R.C.A.D.I., 1966, I, vol. 117, p. 124.

[59] R.S.A., III, p. 1965.

Ces deux décisions célèbres mettent en lumière l'obligation qu'ont les Etats de veiller à ce que leur territoire ne soit pas utilisé de manière à causer des dommages aux autres.

Le principe 21 de la Déclaration sur l'environnement proclamée à Stockholm le 16 juin 1972 exprime la même obligation de la manière suivante:

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

Cette formule a rencontré depuis un incontestable succès; recevant l'appui de l'Assemblée générale de l'O.N.U.[60], elle a été reprise telle quelle par l'article 30 de la Charte sur les droits et les devoirs économiques des Etats du 12 décembre 1974, et, dans une formulation analogue, au point 5 de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe du 1er août 1976. Deux recommandations du Conseil de l'O.C.D.E. du 14 novembre 1974, l'une relative à la lutte contre l'eutrophisation des eaux et l'autre intitulée Stratégies de lutte contre les polluants spécifiques des eaux, contiennent un paragraphe identique qui a le contenu suivant:

«Considérant que les Etats ont le devoir de faire en sorte que les activités qui sont sous leur juridiction ou leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement d'autres Etats.»

Plusieurs membres de notre Commission, notamment MM. *Colliard*, *McDougal*, *Jennings*, *Sette-Câmara*, *Verzijl* et *Zemanek*, ont souligné à juste titre les corrélations sinon l'identité existant entre ce dernier fondement et le principe *sic utere tuo* et les principes découlant des rapports de voisinage.

Le principe tel qu'il se dégage de la formule de Stockholm nous paraît cependant présenter plusieurs avantages par rapport aux autres principes précités: indépendamment du fait que les Etats lui ont donné un accord unanime, le principe 21 a l'intérêt de couvrir:

– d'une part, la pollution transfrontière qui s'exerce en dehors des rapports entre voisins (ainsi celle qui s'exerce à longue distance, ce qui est important s'agissant de fleuves successifs à plus de deux riverains);

– d'autre part, les dommages qui sont causés non seulement à l'environnement d'autres Etats mais aussi dans les régions ne relevant d'aucune juri-

[60] Notamment résolution 2996 (XXVII) du 15 décembre 1972 et 3129 (XXVIII) du 13 décembre 1973. Voir aussi le projet de principes de conduite préparé par un groupe d'experts intergouvernementaux à Nairobi sous les auspices de l'UNEP en janvier 1976 (UNEP/GC/77 du 9 février 1976, p. 6).

diction nationale (ceci est aussi pertinent ici à propos de la pollution de la haute mer d'origine tellurique).

Le principe d'utilisation non dommageable du territoire reçoit un soutien massif de la part de notre Commission et en particulier de MM. *Jennings, McDougal, Seidl-Hohenveldern, Sette-Câmara, Verzijl, Zemanek, Ziccardi* et *Žourek*.

En dépit de leur silence sur ce point, MM. *McWhinney* et *Rousseau* qui ont répondu affirmativement à la question 6 semblent pouvoir être considérés aussi comme favorables à ce principe.

M. *Colliard* estime qu'il faut aller plus loin que la notion de diligence due.

Il découle de cette section qu'il y a des hésitations au sein de la Commission sur le fondement possible d'une norme générale relative à la pollution, les recoupements de plusieurs fondements ne sont pas exclus.

Une manière raisonnable de tenir compte de cette situation dans notre résolution me paraît être, réservant provisoirement la notion exprimée dans le principe 21, de rejeter cette question de la pluralité des fondements dans le préambule avec une rédaction qui pourrait suivre les lignes suivantes:

«Conscient des multiples vocations que peuvent présenter les bassins hydrographiques internationaux et de l'existence d'un intérêt commun à l'utilisation rationnelle et équitable de telles ressources en recherchant un équilibre raisonnable des intérêts en présence;

Soulignant l'applicabilité à la matière du principe d'égalité souveraine des Etats, des règles régissant les rapports de voisinage et du principe selon lequel il est interdit aux Etats d'utiliser leur territoire de manière à causer un préjudice illégitime à autrui.»

C. Qui peut se prévaloir de l'interdiction de polluer? les Etats, les hommes, les peuples?

a) Droits de l'homme

Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit en son article 12:

«1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre;

2. Les mesures que les Etats parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer: (...)

(b) l'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle; ...»

Le Conseil de l'Europe est, pour sa part, engagé dans des travaux tendant

à dégager les droits et obligations des hommes dans la protection de leur environnement[61].

La déclaration de Stockholm sur l'environnement proclame ce qui suit:

«L'homme est à la fois créature et créateur de son environnement, qui assure sa subsistance physique et lui offre la possibilité d'un développement intellectuel, moral, social et spirituel ... Les deux éléments de son environnement, l'élément naturel et celui qu'il a lui-même créé, sont indispensables à son bien-être et à la pleine jouissance de ses droits fondamentaux, y compris le droit à la vie même»,

et dans les principes:

«1. L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être ...»

Ces textes sont indéniablement le témoignage de la prise de conscience et de la naissance d'un nouveau droit de l'homme à la protection de son environnement[62].

Interrogés sur le point de savoir s'ils admettent que le droit à la protection de l'environnement est aussi un droit de l'homme, des membres de la Commission ont pris les positions suivantes.

Position positive ferme: M. *McDougal*, qui estime que les individus et les associations privées devraient se voir accorder un plus grand accès aux moyens de faire valoir leurs droits, M. *McWhinney* (sans pour autant vouloir que l'Institut prenne parti dans la délicate question des «sujets» de droit) et *Žourek*. M. *Sette-Câmara* accepte qu'il s'agisse d'une espèce de droit de l'homme mais se déclare sceptique sur l'utilité de telles références tant qu'il n'y a pas de mesures de mise en œuvre effective d'un tel droit.

MM. *Rousseau*, *Seidl-Hohenveldern* et *Zemanek* sont prêts à reconnaître un tel droit *de lege ferenda* et notre confrère *Verzijl* concède qu'un nouveau droit objectif demandant la protection de l'environnement est en train de surgir dans la communauté internationale.

En revanche, M. *Colliard* ne pense pas qu'il y ait un avantage à faire de ce droit un droit de l'homme et M. *Jennings* doute que ce genre de proclamation rhétorique soit de nature à résoudre un quelconque problème pratique et, tout compte fait, à servir les droits de l'homme.

[61] Recommandation n° 683 (1972) de l'Assemblée consultative, et doc. 338/73, p. 22.

[62] Voyez dans le même sens le document ENV (76) 3 du Comité de l'environnement: le devoir international des Etats en matière de pollution transfrontière, qui observe: «Etant donné le contexte général dans lequel ce phénomène encore naissant intervient, il s'agit à ce stade d'une affirmation solennelle, mais pas encore de la création d'un «droit subjectif» au sens technique du terme, qui pourrait fournir une base juridique suffisante à l'action en justice d'un particulier», p. 13.

b) Droit des peuples

Le principe de la souveraineté permanente des peuples sur leurs ressources naturelles s'applique indéniablement à l'eau et aux fleuves, qui sont de manière indiscutable une ressource naturelle.

La déclaration de Stockholm au point 2 de la Proclamation exprime ce qui suit:

«2. La protection et l'amélioration de l'environnement sont des questions d'importance majeure qui affectent le bien-être des populations et le développement économique dans le monde entier;
elles correspondent au vœu ardent des peuples du monde entier, et constituent un devoir pour tous les gouvernements»;

«7. ... La conférence demande aux gouvernements et aux peuples d'unir leurs efforts pour préserver et améliorer l'environnement dans l'intérêt des peuples et des générations futures.»

Quant au principe 6, il exprime que

«la lutte légitime des peuples de tous les pays contre la pollution doit être encouragée».

Notre Commission est nettement plus réticente à reconnaître ici un droit des peuples qu'elle ne l'est à admettre un droit de l'homme. Seuls MM. *McWhinney, Zemanek* et *Ziccardi* sont entièrement favorables.

Ont une position franchement négative: M. *Colliard* qui ne voit là qu'une source de confusion, s'interroge sur ce qu'est un peuple et croit que le droit des peuples à disposer de leurs ressources naturelles est avant tout un droit des peuples constitués en Etat;

M. *Jennings* qui ne pense pas que le principe très général du droit des peuples à disposer de leurs richesses naturelles soit d'une aide quelconque, la pollution étant un usage de l'eau et toute la question étant de savoir jusqu'où elle demeure tolérable;

M. *McDougal* qui estime que la notion de peuple est trop complexe et inutile pour fortifier les réclamations émanant d'Etats ou de particuliers;

M. *Rousseau* qui pense que le droit à la protection de l'environnement est essentiellement un droit des Etats;

M. *Seidl-Hohenveldern* qui, à supposer qu'il accepte qu'il y a un droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, croit que la formule revient à exprimer la notion de souveraineté dont on ne pourrait ici tirer que des conséquences contradictoires selon que l'on s'attache au droit de l'Etat d'amont ou d'aval.

On peut conclure de ceci que la majorité de la Commission ne voudrait pas s'opposer au développement du droit à un environnement non pollué comme droit de l'homme mais n'est pas convaincue qu'il y ait là un droit des peuples.

A vrai dire, ainsi que nous l'avons exposé ailleurs[63], dans la plupart des cas la notion de droit des peuples ou bien correspond au droit des Etats – censés représenter les peuples – ou bien correspond à des droits de peuples non encore indépendants. L'idée d'un droit du peuple à faire valoir à l'encontre de son propre Etat, même si elle se rencontre parfois dans les textes, n'a qu'un impact rhétorique à défaut de mécanisme de mise en œuvre. Cette rhétorique est cependant parfois la seule arme contre des gouvernements qui font fi du bien-être du ou des peuples qu'ils prétendent représenter. Dans cette mesure, il est sans doute inutile de s'en passer.

Concrètement, votre rapporteur vous propose de faire une place aux préoccupations qui précèdent dans le préambule de notre résolution sous la forme suivante:

«Considérant que la protection et l'amélioration de l'environnement sont des revendications fondamentales des hommes et des peuples ainsi que des devoirs qui s'imposent aux gouvernements».

D. Quel est le contenu de l'obligation de ne pas polluer?

A supposer acquis l'accord sur l'existence d'une obligation générale de ne pas polluer, encore faut-il s'assurer de son contenu. S'agit-il d'une interdiction absolue d'altérer l'eau ou d'une simple obligation de vigilance?

a) Interdiction absolue d'altérer l'eau – Principe d'intégrité

Selon certains auteurs, les Etats auraient l'obligation de n'altérer en aucune mesure la qualité de leurs eaux. Ce sont les tenants de ce que l'on appelle le principe d'intégrité.

On range notamment parmi les défenseurs de ce point de vue Max Huber[64], Fauchille[65], Guggenheim[66], Oppenheim-Lauterpacht[67].

[63] Réalités du droit international contemporain, Reims 1974, «Droits des peuples et droits des Etats», p. 225.

[64] *Huber, M.*, Ein Beitrag zur Lehre der Gebietshoheit von Grenzflüssen, dans Zeitschrift für Völkerrecht, 1907, p. 160.

[65] *Fauchille, P.*, Traité de droit international public, tome I, 2e partie, 1925: «Un riverain ne peut, en aucun cas, par des déversements de matières ou autrement, altérer d'une manière nuisible les eaux d'un fleuve international. Il y a ici en cause un intérêt humanitaire d'ordre général: la santé publique veut que l'eau et les produits du fleuve, comme le poisson, ne soient point contaminés», p. 451, v. aussi p. 457.

[66] *Guggenheim, P.*, Traité de droit international public, Georg – Genève, 1953, vol. I, p. 397: «...la composition de l'eau ... ne doit pas subir d'altérations telles que le territoire d'un autre Etat en soit également atteint.»

[67] *Lauterpacht, H.*, International Law 3e éd. op. cit. vol. I, p. 474–475:

"... it is a rule of International Law that no State is allowed to alter the natural

Si cette conception devait être retenue, cela aboutirait à une responsabilité internationale absolue ou objective aussitôt que l'atteinte au territoire étranger serait opérée.

Ni la pratique, ni la jurisprudence, ni la majorité de la doctrine ne vont en ce sens.

Réservons la pratique, que nous examinerons à la fin. La jurisprudence habituellement citée repousse une telle conception. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou* la responsabilité de l'Albanie ne fut retenue que parce que le dommage était lié à une inaction volontaire des autorités de cet Etat.

Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, loin de faire découler la responsabilité de la seule commission du dommage, le tribunal arbitral s'est efforcé de concilier les intérêts divergents en présence de manière à permettre à la Fonderie de Trail de poursuivre ses opérations polluantes mais avec des restrictions et des limitations propres à limiter les dégâts sur le territoire des Etats-Unis. Le tribunal se vit même confier la tâche d'établir les mesures ou le régime qui devraient être appliqués par la Fonderie pour poursuivre ses activités.

Enfin les arbitres de l'affaire du *Lac Lanoux* ont insisté sur le fait qu'il n'était pas interdit de modifier les conditions naturelles d'un bassin hydrographique. Ils ont rejeté la thèse espagnole qui pourtant ne défendait le principe de l'intégrité que sous une forme atténuée[68]. Le tribunal a notamment déclaré:

> «L'unité d'un bassin n'est sanctionnée sur le plan juridique que dans la mesure où elle correspond à des réalités humaines. L'eau qui constitue par nature un bien fongible peut être l'objet d'une restitution qui n'altère pas ses qualités en regard des besoins humains. Une dérivation avec restitution, comme celle envisagée par le projet français, ne modifie pas un état de choses ordonné en fonction des exigences de la vie sociale[69].»

Le Tribunal ne s'est certes pas prononcé sur des problèmes de pollution et on ignore ce qu'il aurait pu en dire si la réclamation espagnole avait soulevé cet autre moyen. Mais il résulte de la sentence que le principe de l'intégrité absolue n'a pas été retenu dans un domaine voisin.

conditions of its own territory to the disadvantage of the natural conditions of the territory of a neighbouring State. For this reason a State is ... forbidden ... to make such use of the water of the river as either causes danger to the neighbouring State or prevents it from making proper use of the flow of the river on its part."

[68] Contre-mémoire espagnol: «Un Etat a le droit d'utiliser unilatéralement la part d'un fleuve qui le traverse dans la limite où cette utilisation est de nature à ne provoquer sur le territoire d'un autre Etat qu'un préjudice restreint, une incommodité minime, qui entre dans le cadre de celles qu'implique le bon voisinage» cité par la sentence, R.S.A., XII, 304.

[69] R.S.A. XII, 304.

La doctrine récente repousse de même aussi bien le principe de l'intégrité que l'idée d'une responsabilité objective de droit international général[70]. Par responsabilité *objective* nous entendons une responsabilité dont les éléments constitutifs ne prennent pas en considération le comportement subjectif de l'Etat concerné mais simplement la survenance objective du dommage. La notion d'obligation de *résultat* (obligation enfreinte lorsque le résultat requis par la règle n'est pas atteint quel que soit le comportement de l'Etat) est voisine. Elle s'oppose à l'obligation de *moyen* où l'obligation n'est enfreinte que si l'Etat n'a pas mis en œuvre dans son comportement les moyens qui s'imposaient en fonction des circonstances particulières.

Le recours à la responsabilité objective semble être confiné aux hypothèses prévues conventionnellement. Comme l'écrit Pierre Dupuy:

> «Le recours à la responsabilité objective semble particulièrement utilisable pour la réparation de dommages accidentels provoqués par des substances ou des activités exceptionnellement dangereuses (...) lorsqu'une menace grave pour l'environnement d'une région donnée est constituée par l'emploi, le stockage, ou la fabrication de substances dont l'exercice de la plus grande diligence serait impuissant à éliminer tout danger catastrophique[71].»

Tel est, en effet, le système habituellement organisé en ce qui concerne la responsabilité des exploitants d'installations nucléaires.

A la question «croyez-vous qu'il existe en la matière une obligation absolue, ou objective, ou pour risque?», mis à part M. *Žourek*, les membres de la Commission ne paraissent pas estimer qu'il existe actuellement d'obligation – ou de responsabilité – objective en droit international général. M. *Žourek* estime qu'il est possible «d'établir, en se basant sur les principes généraux du droit international, une obligation objective des Etats (responsabilité pour le résultat). Seule une formulation claire de cette règle serait de nature à pousser les gouvernements à prendre des mesures efficaces contre la pollution des eaux.»

Plusieurs confrères ne seraient pas opposés à ce que ce système soit introduit par voie conventionnelle, ainsi MM. *Colliard* (voyez en particulier

[70] *Gaja*, op. cit. p. 372; *Handl*, A.C.D.I. 162 et 171; *De Visscher, Ch.*, Les confins... p. 81; *Ballenegger*, op. cit., p. 34; *Lester*, op. cit. p. 840 et ss.

[71] *Dupuy, P.*, La responsabilité internationale des Etats pour les dommages causés par les pollutions transfrontières, doc. O.C.D.E., AEU/TFP/ENV/74.3 du 11 avril 1974 § 58–59. V. aussi *Kelson, J. M.* «State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity», Harvard International Law Journal, vol. 13, n° 2, 1972, p. 242–243: "A State failing to prevent harm, shall be originally responsible and strictly liable for the harm caused by abnormally dangerous activities within its jurisdiction to the residents or property of another State."

sa réponse à la question 6), M. *Jennings* pourvu que le juriste fasse preuve de beaucoup d'humilité en ces matières de haute technicité, M. *Seidl-Hohenveldern* et M. *Zemanek*.

Rejoignant les réflexions faites ci-avant, M. *McWhinney* estime qu'une responsabilité absolue *devrait* exister dans les cas de «ultra hazardous activities» établie, cas par cas, par exemple dans les domaines suivants: l'utilisation de centrales nucléaires ou de réacteurs nucléaires sur les rivières ou lacs ou à leur proximité, l'entreposage d'armes chimiques ou bactériologiques dans les mêmes conditions, le transport par eau de déchets radioactifs ou d'autres substances dangereuses. M. *Žourek*, répondant à la question 6, met aussi en exergue la pollution par centrale nucléaire.

Il est proposé de tenir compte de ces préoccupations dans un article du projet de résolution relatif à la responsabilité.

b) Obligation de diligence

Si l'obligation de ne pas polluer n'est pas une obligation imposant un résultat déterminé (l'intégrité de l'eau), c'est qu'elle est une obligation de moyen, une obligation de comportement, une obligation de diligence.

Il semble bien que c'est cette position que reflète le principe 21 de Stockholm. Les conceptions de l'Australie et du Canada qui auraient voulu que l'obligation ne souffre aucune exception ou tempérament n'ont pas été retenues[72].

"The draft declaration should, therefore, exclude any responsibility of the public authority based on risk and should emphasize that only negligence of a State, imputable either to inaction or to failure to fulfil specific commitments, could engage its responsibility within the meaning of international law[73]."

Dans leur majorité les membres de notre Commission se rallient à l'idée que l'obligation se limite à une obligation de diligence et à la formule générale que tout Etat est tenu de veiller, avec une diligence raisonnable, à ce que son territoire ne soit pas utilisé comme source de pollution dommageable pour les autres Etats ou pour les régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

C'est le cas de MM. *McWhinney*, *Rousseau*, *Seidl-Hohenveldern*, *Sette-Câmara*, *Verzijl*.

En revanche comme indiqué ci-avant, MM. *Colliard* et *Žourek* estiment qu'il faut aller au-delà de la notion de *due diligence*. Pour M. *Colliard*, par voie conventionnelle.

[72] *Sohn, L. B.* The Stockholm Declaration on the human environment. Harvard International Law Journal, vol. 14, 1973, p. 494.

[73] A/Conf. 48/P.C. 12, annex II, p. 15, § 65.

M. *Jennings* ne pense pas qu'une seule formule puisse régler la question: il estime *de lege ferenda* qu'il y a place pour différents styles d'obligations en fonction de situations technologiques différentes.

Les réflexions de M. *McDougal* ne permettent pas de définir sa position sur ce point précis.

A défaut de pouvoir dégager une opinion unanime, votre rapporteur vous propose comme article 1 de la résolution le texte suivant:

«Dans le cadre de leur droit souverain d'exploiter leurs ressources selon la politique d'environnement qu'ils déterminent et sans préjudice de leurs obligations conventionnelles, les Etats ont le devoir de veiller avec une diligence raisonnable à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ne causent pas de pollution [dommageable] [sensible] à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.»

A supposer un accord majoritaire de la Commission sur le point qui précède, encore faut-il essayer de préciser le contenu de l'obligation générale de diligence.

Le rapport précité de l'O.C.D.E.[74] contient à ce propos quelques réflexions intéressantes. Après avoir rappelé que l'obligation générale de diligence est une notion souple, susceptible d'adaptations diverses, ce rapport précise que l'obligation est néanmoins constituée d'un faisceau de règles moyennes ou «standards» de comportement que les Etats se doivent d'observer.

– Ils doivent posséder d'une manière permanente l'appareil juridique et matériel suffisant pour assurer normalement le respect de ces obligations internationales et doivent donc se doter dans le domaine de la protection de l'environnement de la législation et de la réglementation administrative, civile et pénale, nécessaires.

– Ils doivent aussi faire usage de cet appareil avec diligence et une vigilance adaptée aux circonstances.

Une vigilance spéciale s'impose à propos d'activités comportant des risques exceptionnels (énergie nucléaire, stockage et transport de matières dangereuses) ou un danger pour des zones ou milieux particulièrement menacés.

Selon la recommandation d'action 29 de la Conférence de Stockholm:

«... Une attention particulière devrait être accordée aux espèces sauvages dont

[74] ENV (76) 3 p. 7 et ss. ainsi que le rapport du Comité de l'environnement au Conseil sur le devoir et la responsabilité des Etats en matière de pollution transfrontière, 9 février 1976, ENV (76) 4.

l'évolution peut laisser présager d'importantes perturbations futures de l'environnement, et en dernière analyse, des répercussions sur les populations humaines.»

– Ils doivent enfin coopérer avec les autres Etats dans le domaine de l'environnement.

Le rapport ajoute qu'il semble

«qu'en matière de protection de l'environnement on soit d'ores et déjà en droit d'attendre des Etats qu'ils s'acquittent de leurs obligations juridiques minimum en respectant *avec soin* les exigences de la protection de l'environnement».

Le rapport poursuit sur la réflexion que la fixation de normes quantifiées d'environnement, ceci de commun accord, est souhaitable et conclut:

«Quoi qu'il en soit, on doit reconnaître que, formulée dans ces termes, la règle de diligence due souffre d'une assez grande imprécision[75].»

Cette dernière conclusion est d'une indéniable pertinence et rejoint en quelque sorte les craintes exprimées par M. *Jennings* que nous avons rapportées ci-dessus. L'expression par notre Commission d'une règle générale de comportement considérée comme étant de droit ne peut être que générale et imprécise, comme tout standard destiné à couvrir des circonstances diverses. La voie conventionnelle – ainsi qu'on aura encore le loisir de le souligner plus avant – demeure en cette matière la seule voie d'action en profondeur.

Reste à voir si quelques précisions peuvent encore être apportées au contenu de l'obligation de diligence.

c) L'obligation est-elle simplement de ne pas créer à autrui un dommage «sérieux» ou «substantiel»?

Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* le tribunal avait limité l'obligation de ne pas utiliser son territoire de manière à causer un dommage au territoire ou dans le territoire d'un autre Etat "when the case is of serious consequence"[76].

Ce faisant le tribunal ne faisait que reprendre la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis notamment dans l'affaire *Missouri v. Illinois*.

Dans cette affaire le Missouri voulait obtenir que l'Illinois se voie obligé à diminuer les rejets d'égouts de Chicago dans un affluent du Missouri du fait que ces 1500 tonnes journalières de déchets rejetés dans la rivière la rendraient impropre pour la boisson, l'agriculture ou l'industrie.

M. Holmes déclara ce qui suit:

[75] Ibid. p. 11.
[76] R.S.A. III, p. 1965.

"Before this court ought to intervene the case should be of serious magnitude clearly and fully proved[77]."

De même dans l'affaire précitée de l'*Utilisation des eaux du Danube* la juridiction a pu écrire que "no state may seriously prejudice the other state"[78].

Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral remarque:

«Il n'a pas été affirmé clairement que les ouvrages prévus entraîneraient un risque anormal dans les relations de voisinage ou dans l'utilisation des eaux[79].»

et un peu plus loin:

«Ainsi, en admettant qu'il existe un principe interdisant à l'Etat d'amont d'altérer les eaux d'un fleuve dans des conditions de nature à nuire gravement à l'Etat d'aval, un tel principe ne trouve pas son application à la présente espèce ...[80].

Une doctrine importante défend la même idée, ainsi:

Andrassy: «Le dommage doit être important»[81],

Bourne: "A state may utilize those waters if its doing so will cause only minor or slight injury to co-basin states"[82],

Bystricky: «Dommages substantiels»[83],

Brierly: "A state is precluded from making any change in the river system which would cause substantial damage to another state's right of enjoyment..."[84],

Charles De Visscher: «Dommage appréciable et substantiel»[85],

Pierre Dupuy: «Il existera ... toujours une pollution transfrontière résiduelle, que l'on pourra considérer comme licite»[86],

Jiménez de Aréchaga: «Il convient de négliger les 'small insignificant inconveniences' et ne réclamer que pour une 'substantial or considerable injury'»[87],

[77] 200 US 496 (1906) spéc. p. 521 et s. Voyez encore l'affaire précitée du *détournement de l'Arkansas*.

[78] A.D.I.L.C., 1927–1929, p. 128.

[79] R.S.A., XII, p. 303.

[80] Ibid., p. 308.

[81] Cours précité R.C.D.A.D.I. 1953, vol. 83, p. 111.

[82] *Bourne*, op. cit. p. 121.

[83] *Bystricky, R.* op. cit., p. 75.

[84] Op. cit. p. 231–232.

[85] Les confins, op. cit., p. 81.

[86] AEU/TFP/ENV/74.3 § 23.

[87] Op. cit. p. 329 et 332.

Lester: "Substantial injury ... a state should not be permitted to bring an international claim without serious cause"[88],

O'Connell: "Excessive discharge of waste" et, en particulier, "discharge of extremely hazardous substances"[88bis],

Smith: «Préjudice appréciable»[89],

Wolfrom: «Dommage appréciable»[90].

L'Article X des Helsinki Rules fait également mention de "substantial injury" ou "substantial damage". Selon le commentaire de cet article:

> "Generally, an injury is considered 'substantial' if it materially interferes with or prevents a reasonable use of the water"[91].

Le rapport de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies du 3 mars 1961 mentionnait que plusieurs experts avaient émis l'avis qu'aucun Etat ne doit céder ses eaux à ses voisins dans un état de pollution tel que leurs intérêts en souffriraient gravement[92]. La résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale de l'O.N.U. se borne à parler «d'effets préjudiciables sensibles».

Le projet de propositions sur le droit des fleuves internationaux élaboré par un sous-comité du comité juridique consultatif africano-asiatique en 1973 mentionne l'obligation de prévention d'une pollution «qui risquerait de causer un dommage important» (proposition VIII) et celle de réparer «à moins que ce préjudice ne se limite à un inconvénient mineur tolérable dans le cadre de relations de bon voisinage» (proposition IX)[93].

Le projet de convention élaboré par le comité juridique interaméricain parle de l'obligation de ne pas causer «de préjudices substantiels»[94].

Ainsi qu'on le voit, la notion est susceptible de variantes: dommage sensible, appréciable, important, grave, substantiel. Ballenegger[95] va encore plus loin en réclamant une pollution «grave et exceptionnelle».

[88] Op. cit. p. 851 et 852.

[88bis] *O'Connell, D. P.* International Law, 2e éd., Londres 1970, p. 593.

[89] The economic uses of international rivers, cité par *C. A. Colliard* dans Aspects juridiques de la pollution transfrontière en ce qui concerne les eaux douces, doc. O.C.D.E., AEU/ENV/73.8 du 20 juillet 1973, p. 8.

[90] *Wolfrom, M.*, La pollution des eaux du Rhin, A.F.D.I. 1964, p. 754 et 755. Il cite également dans le même sens *Lederle* et *Schulthess*.

[91] Rapport de l'I.L.A. précité, p. 500.

[92] Reproduit dans A/5409, annexe II, p. 25.

[93] A/CN.4/274 (vol. II) p. 263 et 264.

[94] Art. 5, A/CN.4/274 (vol. II), p. 304.

[95] Op. cit. p. 72–73.

Quelques conventions internationales introduisent de telles nuances[96].

On se rappellera, en revanche, que le principe 21 de Stockholm n'introduit aucune qualification de ce genre, à propos du dommage à l'environnement qu'il prohibe.

Se fondant essentiellement sur le principe du partage équitable des ressources Gaja estime cette distinction irrelevante:

"The entity of prejudice inflicted on the co-riparian State is relevant only to the extent in which the sacrifice of interests in the co-riparian State appears excessive in the light of equity."

Il ajoute cependant:

"Common sense suggests that a small prejudice will rarely affect the preference to be given to one or the other use"[97].

[96] 9 décembre 1869, Bade-Suisse: art. 10 «... En cas d'intérêt prédominant de l'agriculture ou de l'industrie, l'introduction de telles matières dans de l'eau poissonneuse peut, sous prescription de mesures adéquates qui limitent le dommage éventuel au poisson aux proportions les plus petites possibles, être autorisée par l'autorité nationale compétente.»

17 décembre 1914, France-Italie: Art. 1 «Les Hautes parties contractantes s'interdisent mutuellement d'exploiter ou laisser exploiter la force hydraulique de La Roya ou de ses affluents, dans les parties exclusivement soumises à leur souveraineté, de toute manière qui soit de nature à modifier sensiblement le régime ou le mode d'écoulement naturel des eaux dans l'Etat d'aval»; 20 décembre 1933, Brésil-Uruguay, art. XX (modification sensible et durable);

8 avril 1960 (R.F.A.-Pays-Bas): art. 58 § 1: «les parties ne prendront ni ne toléreront aucune mesure susceptible de causer un préjudice notable à l'Etat voisin», § 2a): «Prévenir une pollution excessive des eaux frontières, susceptible de porter gravement atteinte à l'usage ...», art. 61: «dommage notable»; 19 septembre 1960 (Inde-Pakistan) art. IV.10 "Each Party declares its intention to prevent, as far as practicable, undue pollution of the waters"; 26 octobre 1963 sur le Niger: art. 4: se réfère à des projets «susceptibles d'exercer une influence sensible sur (...) l'état sanitaire des eaux, sur les caractéristiques biologiques de la faune et de la flore; 7 février 1964 sur le Sénégal: art. 3: *idem;* 22 mai 1964, Bassin du Tchad, art. 5 § 1 du statut: «les Etats membres s'engagent à s'abstenir de prendre (...) toutes mesures susceptibles d'avoir une influence sensible (...) sur l'état sanitaire des eaux ou sur les caractéristiques biologiques de la faune et de la flore du bassin»; le projet d'accord relatif à l'utilisation et à la conservation des eaux du bassin du lac Tchad (1972) art. XII: «1. Chaque Etat membre informera la commission en temps utile des émissions polluantes provenant de son territoire et susceptibles d'avoir un effet nuisible appréciable sur l'utilisation des eaux dans un ou plusieurs autres Etats membres...»

9 juillet 1964, Bulgarie-Grèce, art. 2 (dommages essentiels) et 23 octobre 1968, Bulgarie-Turquie, art. 2 (dommages importants); 16 septembre 1971, Finlande-Suède, chap.3, art. 9 (pollution causant un préjudice majeur) et chap. 6 art. 1er (interdiction de modifier dangereusement la nature de l'eau).

[97] Op. cit., p. 374.

Interrogés sur ce point les membres de notre Commission se prononcent dans leur majorité en faveur de la notion de dommage sérieux ou substantiel. Ainsi MM. *Colliard* (qui entend cependant lier ceci à l'adoption d'une responsabilité objective), *McDougal*, *McWhinney* (avec la réserve que "under the special principle of liability for ultra-hazardous acts, proofs of any damage should be sufficient to establish liability"), *Rousseau* (qui ne dissimule pas les difficultés d'appréciation que cela peut poser), *Seidl-Hohenveldern*, *Sette-Câmara* (qui concède également le côté subjectif de la notion), *Verzijl* et *Ziccardi*.

M. *Zemanek* estime que la norme d'interdiction devrait couvrir tout dommage. *De lege ferenda* et pour des raisons pratiques il estime toutefois que l'on pourrait prévoir un niveau minimum. M. *Žourek* n'acceptant pas la notion de «diligence raisonnable», la question est sans objet pour lui. Quant à M. *Jennings* il reste également en dehors de ce système. Pour lui la pollution est question d'ordre public. Il souhaiterait une combinaison de réglementation et d'assurance internationales.

d) Faut-il tenir compte du principe de l'égalité de droit d'utilisation des eaux pour délimiter l'obligation de diligence?

On a vu plus haut que l'I.L.A. faisait du principe d'utilisation équitable la source de l'obligation de prévenir les nouvelles formes de pollution et de réduire celles qui existent déjà.

Handl rappelant l'importance de la question de l'utilisation raisonnable des ressources naturelles et de l'équilibre des intérêts[98] et citant à cet égard notre regretté confrère W. Jenks[99] poursuit:

"Since the decision on the reasonableness of the conduct is in turn the outcome of a process of balancing of interests involved in the particular situation under examination, liability apparently presents itself as the consequence of a judgment according to which one state's exercise of its *prima facie* rights resulting in injury to another cannot be justified by a legitimate consideration of the former's advantage[100]."

Si ce point de vue doit être retenu, l'obligation de diligence en sera affectée. Les intérêts à équilibrer, à concilier feront partie des circonstances particulières dont les parties doivent tenir compte dans chaque cas.

Plusieurs membres de la Commission pensent que le principe de distribution équitable est un élément dont il faut tenir compte, ainsi MM. *McWhin-*

[98] Op. cit., A.C.D.I. p. 175.

[99] Liability for ultra hazardous activities in international law, R.C.A.D.I., voyez 99, p. 126.

[100] Op. cit., A.C.D.I., p. 176–177.

ney, *Rousseau* (mais non suffisant), *Seidl-Hohenveldern*, *Sette-Câmara*, *Verzijl* et *Ziccardi*.

M. *Zemanek* insiste sur le fait qu'il est pratiquement impossible de prévenir toute pollution sur un fleuve qui court sur des centaines de kilomètres et qu'il serait souhaitable d'établir des niveaux minima de qualité des eaux par grades. Nous reviendrons sur cette question plus loin.

M. *McDougal* estime qu'il faut renverser les choses:

"Rather it is 'due diligence' which is a factor bearing on whether a given use is equitable. On the other hand, any activity causing transnational pollution damage of international legal relevance amounts to an inequitable utilization of water resources."

Cette dernière remarque illustre les ambiguïtés du principe de l'utilisation équitable, car ainsi que nous l'avons vu plus haut, divers auteurs aboutissent à la conclusion que le principe d'utilisation équitable dont l'I.L.A. s'est faite le champion rend la pollution licite chaque fois que l'équilibre des intérêts en présence rend l'usage polluant «raisonnable»[101].

M. *Jennings* pense qu'il faut se poser moins la question en termes de dommages et d'action en justice qu'en termes de prévention.

M. *Žourek* enfin exprime avec force l'idée que le principe de partage équitable des ressources en eau ne saurait jamais prévaloir sur les règles interdisant la pollution et aurait souhaité que notre Commission se prononce clairement en ce sens.

e) Faut-il distinguer entre pollution ancienne et pollution nouvelle?

Les règles d'Helsinki, tant l'article X que l'article XI, font la distinction entre pollution ancienne et pollution nouvelle. Selon l'art. X, alors qu'un Etat est tenu de prévenir toute forme nouvelle de pollution de l'eau ou toute augmentation du degré de pollution existant de l'eau, il doit seulement prendre toute mesure raisonnable pour diminuer la pollution existante.

La distinction établie pour l'obligation se retrouve pour la responsabilité à l'article XI. Réparation est prévue pour la violation de l'interdiction de pollution nouvelle alors qu'en cas de violation de l'obligation de diminuer la pollution ancienne, l'Etat polluant se borne à «entrer en négociations avec l'Etat qui a subi le dommage en vue d'aboutir à un règlement équitable dans les circonstances»[102].

[101] Voyez *supra* les auteurs cités en note 58.

[102] Cette idée est reprise en partie par le projet précité de propositions sur le droit des fleuves internationaux du comité juridique consultatif africano-asiatique de 1973 qui prohibe toute nouvelle forme de pollution, mais s'abstient de traiter des anciennes (proposition VIII) (A/CN. 4/274, vol. II) p. 263.

C'est à l'évidence faire deux poids deux mesures et légaliser la pollution ancienne[103]. La logique du procédé a été mise en doute par Gaja[104]. Notre regretté Président d'honneur Charles De Visscher s'était exprimé comme suit à propos de la matière voisine de la résolution de l'Institut en matière d'utilisation des eaux:

«C'est encore par souci d'une équité largement comprise que les résolutions de Salzbourg s'abstiennent d'assigner une position privilégiée aux Etats qui, en cette matière, se réclameraient de l'antériorité. Comme l'a bien précisé le rapporteur, le professeur Andrassy: «Il existe des droits résultant d'une appropriation antérieure. Ces droits ne sont pas intangibles et peuvent être modifiés par la règle de la répartition équitable telle qu'elle est définie par l'article 4[105].»

Quelques conventions consacrent la distinction sinon pour prendre position sur la légalité respective de ces deux types de pollution du moins par mesure pragmatique en vue de réduire graduellement la pollution existante[106].

[103] En ce sens *Bourne*, op. cit. p. 126.

[104] Op. cit., p. 375.

[105] *De Visscher, Ch.*, De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public, Paris, Pedone 1972, p. 111.

[106] L'ancêtre des traités de ce genre semble dater du 18 mai 1887 (Suisse-Bade-Alsace-Lorraine) dont l'article 10 alinéa 2 prévoit que «L'autorité compétente déterminera également jusqu'à quel point les écoulements existant aujourd'hui, qui proviennent d'établissements agricoles ou industriels, seront soumis à la règle posée ci-dessus» (règle d'interdiction absolue de déverser).

L'art. 70 de l'accord Allemagne-Belgique des 25 octobre–7 novembre 1929 prévoit «le gouvernement belge et le gouvernement allemand s'engagent à n'aggraver en rien le régime actuel des cours d'eau ...».

L'art. 2 § 2 de l'accord Yougoslavo-roumain du 7 avril 1955 prévoit que la commission mixte sera compétente pour les nouvelles installations ou l'exécution de nouveaux travaux susceptibles de modifier la qualité des eaux. L'art. 2 § 7 de l'accord austro-hongrois du 9 avril 1956 prévoit que «le filtrage des eaux de déchet sera rendu obligatoire lors de la construction de nouvelles installations de ce genre».

L'art. 5 § 4 de l'accord Pologne-Tchécoslovaquie cité ci-dessus (note 32). L'art. I § 2 de l'accord du 27 octobre 1960 sur la protection du lac de Constance contre la pollution: «les Etats riverains prendront sur leur territoire les mesures nécessaires en vue de prévenir une augmentation de la pollution du lac de Constance et d'améliorer autant que possible l'état sanitaire de ses eaux.»

Enfin, dans diverses conventions ou projets de conventions récents les Parties contractantes s'engagent à prendre toutes les mesures requises pour prévenir de nouvelles formes de pollution ou l'augmentation du degré de pollution existante des eaux (principe du *standstill*) et des mesures visant la réduction graduelle de la pollution existante des eaux [art. 3 du projet du 13 mars 1974 du Conseil de l'Europe et les conventions relatives à la protection du Rhin contre la pollution chimique (art. 9) et contre la pollution par chlorides du 3 décembre 1976 (art. 3)].

Les membres de la Commission ont distingué les deux plans sur lesquels la question se pose. Celui de la légalité et celui des solutions pragmatiques pour mettre fin à une situation illégale. Comme la pollution ancienne existe parfois depuis longtemps la question des conséquences qu'il fallait tirer de la tolérance à son égard se posait également et avait au demeurant fait l'objet d'une question distincte (question no 2).

Pour ce qui concerne la légalité, la quasi-unanimité de la Commission estime qu'en aucun cas le fait d'avoir pollué anciennement un cours d'eau ne supprime le caractère illicite de cette pollution, ne confère un droit à continuer à polluer, ne crée un droit acquis à polluer (ainsi nos confrères: MM. *McWhinney* (qui estime que se crée ici un droit impératif), *Rousseau*, *Seidl-Hohenveldern*, *Sette-Câmara*, *Verzijl*, *Zemanek*, *Ziccardi* et *Žourek*). Quant à M. *Jennings*, il limite cette conséquence au cas où l'interdiction de polluer a un caractère d'ordre public.

Seul M. *McDougal* est de l'avis que la pollution ancienne peut dans certaines circonstances être maintenue lorsqu'elle est légale *(lawful)*. Il souligne l'intérêt de la distinction en ce que

"after all, the protection of existing (beneficial) uses is a well-recognized tenet of the principle of equitable use of internationally shared natural resources".

La Commission repousse dans la même majorité l'idée que la tolérance passée aurait pu créer un droit de polluer. Soit parce qu'aucune règle de droit international n'existait dans le passé *(Sette-Câmara)* ou qu'elle n'est que de formation récente (M. *Ziccardi*) soit surtout parce que le phénomène de la pollution n'a pris une forme alarmante que dans la période récente et n'a créé une prise de conscience que récemment (*McDougal*, *McWhinney*, *Rousseau*, *Seidl-Hohenveldern*, *Sette-Câmara*, *Verzijl*).

MM. *Verzijl* et *Zemanek* croient au surplus que les Etats pollués, par ailleurs pollueurs, avaient de bonnes raisons pragmatiques de ne pas invoquer une règle susceptible de se retourner contre eux.

M. *Colliard* les rejoint sur ce point puisqu'il voit dans la tolérance la preuve d'une volonté étatique de conserver la plus grande liberté d'action.

Sur la question de la tolérance, M. *Jennings* réserve sa position étant donné que les effets de la pollution sont une question de haute technicité qui n'est pas encore entièrement comprise.

Se plaçant sur un plan pragmatique, plusieurs confrères estiment que l'on doit aussi être réaliste et que l'on ne peut demander aux Etats de supprimer du jour au lendemain une pollution existante. Des mesures transitoires s'imposent. Il s'agit de réduire graduellement la pollution jusqu'à un niveau

tolérable. Telle est la position de MM. *Colliard*, *Zemanek* et *Ziccardi*. M. *Zemanek* fait cependant la réserve suivante: la période de transition pour l'élimination de la pollution

"apply only to pollution on a constant level, due to waste water from human habitations and industry, not to emissions caused by accidents which raise the level of pollution momentarily. In the latter cases reparation for damages caused should be due under any circumstances".

Si cette distinction recevait l'appui de la majorité de la Commission, notre projet de résolution pourrait prévoir que dans l'exercice de leur devoir de vigilance les Etats doivent prendre, chaque fois que la pollution dépasse le niveau tolérable, toutes les mesures requises a) pour prévenir de nouvelles formes de pollution ou l'augmentation du degré de pollution existant des eaux et b) pour réduire graduellement la pollution existant jusqu'au niveau tolérable.

f) Les règles sont-elles les mêmes pour tous ou bien y a-t-il des règles distinctes pour les pays en voie de développement?

Le principe 23 de la conférence de Stockholm envisage un sort particulier pour les pays en voie de développement:

«23. Sans préjudice des principes généraux qui pourront être retenus par la communauté internationale, ni des critères et niveaux minimaux qui devront être définis à l'échelon national, il faudra dans tous les cas tenir compte des échelles de valeurs prévalant dans chaque pays et des possibilités d'application de normes qui sont valables pour les pays les plus avancés mais qui peuvent ne pas être adaptées aux pays en voie de développement et être pour ces pays d'un coût social injustifié[107].»

Plusieurs autres principes de Stockholm insistent sur la nécessité pour les pays développés d'apporter encouragement et appui aux pays en voie de développement dans leur politique d'environnement par une aide technique ou financière[108].

[107] Voyez aussi résolution 2849 (XXVI) de l'Assemblée générale de l'O.N.U.

[108] Principe 9: «Les déficiences de l'environnement imputables à des conditions de sous-développement et à des catastrophes naturelles posent des problèmes graves, et, le meilleur moyen d'y remédier est d'accélérer le développement par le transfert d'une aide financière et technique substantielle afin de compléter l'effort national des pays en voie de développement et l'assistance fournie en tant que de besoin.»

Principe 11: «Les politiques nationales d'environnement devraient renforcer le potentiel de progrès actuel et futur des pays en voie de développement, et non l'affaiblir ou faire obstacle à l'instauration de meilleures conditions de vie pour tous. Les Etats et les organisations internationales devraient prendre les mesures voulues pour s'entendre sur les moyens de parer aux conséquences économiques que peut avoir, aux niveaux national et international, l'application de mesures de protection de l'environnement.»

Il est certain que la conférence de Stockholm en consacrant tant de place aux problèmes des pays en voie de développement a entendu que la règle de diligence due soit adaptée aux possibilités et circonstances concrètes dans lesquelles se trouvent les pays en voie de développement.

La Commission est cependant unanime à estimer que ceci n'accordait pas aux pays en voie de développement un droit de polluer pour assurer leur développement: MM. *Colliard, Jennings, McWhinney, Rousseau, Seidl-Hohenveldern* (qui insiste sur le fait que l'inégalité compensatrice ne doit pas trouver d'application ici), *Sette-Câmara* (qui souligne qu'il ne faut pas imposer à ces pays des opérations trop coûteuses) *Verzijl, Zemanek, Ziccardi* et *Žourek*.

En revanche, un large accord existe pour que les pays industrialisés apportent une aide financière et technique aux pays en voie de développement pour les mettre à même d'assurer le respect des mesures de protection de l'environnement: MM. *Colliard, Jennings* (qui n'y voit cependant pas une obligation de droit international général), *McDougal, Rousseau* (qui pense que cette aide doit être facultative), *Seidl-Hohenveldern* (qui émet une réserve analogue), *Sette-Câmara, Verzijl, Ziccardi* et *Žourek*.

M. *Zemanek* a réservé sa position sur la seconde partie de la question.

g) Conclusion

Si l'on essaye de résumer les lignes générales qui se dégagent de cette section, il semble que l'on peut engranger les acquis suivants:

L'obligation générale de ne pas polluer n'aurait aucun caractère absolu; ce serait une simple obligation de diligence, adaptée aux circonstances, impliquant des devoirs de prévention de ne pas créer à autrui un dommage sérieux.

La vigilance à exercer devrait être particulièrement stricte dans le cas d'activités créant un risque exceptionnel ou un danger pour des zones ou milieux particulièrement menacés.

L'élément de nouveauté ou d'ancienneté de la pollution pourrait jouer un rôle au plan des mesures pragmatiques à prendre pour la réduction progressive de la pollution.

Principe 12: «Il faudrait dégager des ressources pour préserver et améliorer l'environnement, compte tenu de la situation et des besoins particuliers des pays en voie de développement et des dépenses que peut entraîner l'intégration de mesures de préservation de l'environnement dans la planification de leur développement, et aussi de la nécessité de mettre à leur disposition à cette fin sur leur demande, une assistance internationale supplémentaire, aussi bien technique que financière.»

Enfin le principe 20: «... les techniques intéressant l'environnement doivent être mises à la disposition des pays en voie de développement à des conditions qui en facilitent une large diffusion sans que cela constitue pour eux une charge économique.»

L'obligation de diligence étant adaptée aux circonstances spéciales, il y a lieu de tenir compte dans l'appréciation des devoirs de vigilance de la situation dans laquelle se trouvent les pays en voie de développement en particulier lorsqu'ils ont à faire face, pour lutter contre la pollution, à un coût économique et social élevé. Les pays industrialisés devraient leur donner une aide technique et financière pour la prévention et la réduction de la pollution.

Il est proposé en conséquence de rédiger comme suit les articles 2 et 3 du projet de résolution:

«*Article 2*

Afin de préserver dans la plus large mesure possible la qualité des eaux des bassins hydrographiques en fonction de leurs vocations diverses, l'exercice d'une diligence raisonnable comporte l'obligation de prendre chaque fois que la pollution dépasse un niveau tolérable toutes les mesures de vigilance requises pour:

a) prévenir de nouvelles formes de pollution ou l'augmentation du degré de pollution existant,

b) réduire, dans les meilleurs délais, la pollution existante au niveau tolérable.

Article 3

Les mesures de vigilance requises exigent notamment:

a) sur le plan interne: l'élaboration d'une législation et d'une réglementation appropriées ainsi que l'adoption de mesures administratives et juridictionnelles efficaces et suffisantes pour en assurer le respect,

b) sur le plan international: l'exercice d'une collaboration, de bonne foi, avec les autres Etats intéressés du bassin hydrographique.

La vigilance doit être adaptée aux circonstances et en particulier à l'état de développement des Etats en cause. Elle doit toujours demeurer stricte dans les cas d'activités comportant des risques exceptionnels ou un danger pour des zones ou milieux particulièrement menacés.»

E. La responsabilité internationale

Dans un système de responsabilité pour acte illicite, il y a responsabilité aussitôt qu'une obligation internationale est violée. Il peut s'agir d'une obligation conventionnelle ou de droit international général. La question de la responsabilité sans acte illicite peut également être posée à propos de la pollution. Examinons ces trois situations possibles.

a) Responsabilité pour violation d'obligations conventionnelles

C'est un principe général bien établi que l'Etat qui viole une obligation conventionnelle engage sa responsabilité internationale. Peu importe que cette responsabilité soit ou non prévue dans la convention. Bien que des

clauses de ce genre puissent être considérées comme superfétatoires, nous en avons dénombré huit[109].

L'article XIII du projet de convention relatif au lac Tchad est intéressant à reproduire dans la mesure où il envisage le cas de responsabilités cumulées:

«1. Si les prélèvements, détournements ou autres utilisations des eaux, y compris les émissions polluantes au sens de l'article précédent, causent à un Etat membre des dommages qui sont réparables selon le droit des gens, l'Etat membre lésé notifiera à la Commission lesdits dommages, et les Etats membres en cause s'efforceront à s'entendre sur les mesures appropriées concernant l'évaluation, l'indemnisation et la prévention future de tels dommages.

2. Si les dommages sont attribuables aux effets cumulés d'une utilisation des eaux par plusieurs Etats membres, ces Etats membres participeront aux mesures d'indemnisation et de prévention en proportion de l'importance de l'utilisation qui a provoqué les dommages.»

Par une résolution du 12 mai 1969, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe avait adopté un projet de convention européenne concernant la protection des eaux douces contre la pollution[110]. Ce projet comportait plusieurs dispositions audacieuses en ce qui concerne la responsabilité notamment en ce qu'un mécanisme de réparation des dommages aux personnes était instauré. Un droit à réparation était accordé à toute personne subissant, dans un Etat contractant, un dommage résultant de la pollution des eaux dans un autre Etat contractant (art. 7). L'obligation de réparer le dommage incombait à l'Etat contractant sur le territoire duquel la pollution des eaux trouvait son origine (art. 8). Les actions étaient exercées devant les juridictions judiciaires de l'Etat responsable (art. 9) qui ne pouvait faire valoir aucune immunité de juridiction (art. 10).

Ce projet n'a rencontré aucun succès auprès des gouvernements. Ont-ils craint d'être submergés de demandes privées? Le projet a été remplacé par un

[109] L'accord Hongrie–Yougoslavie du 25 mai 1957, art. 5; Pays-Bas–R.F.A., 8 avril 1960, art. 63; Finlande–U.R.S.S., 23 juin 1960, art. 16, § 2; Finlande–U.R.S.S., 24 avril 1964, art. 5: projet de convention de 1972 sur le bassin du lac Tchad, art. XIII; Argentine–Uruguay, 19 novembre 1973, art. 51 et 52; Projet du Conseil de l'Europe du 13 mars 1974, art. 21; Grand-Duché de Luxembourg, Rhénanie-Palatinat et Sarre, 24 novembre 1975, art. 6, § 3.

[110] Recommandation 555 (1969). On peut consulter à propos de cette convention *Vander Elst, R.*, Le projet de Convention européenne relative à la protection des eaux douces contre la pollution, R.B.D.I., 1970/1, pp. 79–86; *Lammers, H.*, The Activities of the Council of Europe Concerning the Protection of Fresh Waters Against Pollution, Annuaire de l'A.A.A., 1971, pp. 55–67; *Dupuy, P.*, La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle, Publications de la R.G.D.I.P., nouvelle série n° 27, Paris, Pédone, 1976, spéc. pp. 193–194.

autre, le projet de Convention européenne pour la protection des cours d'eau internationaux contre la pollution du 13 mars 1974 qui ne contient plus, concernant la responsabilité, qu'un article 21 dont le contenu est d'une peu courageuse prudence:

«Les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte aux règles applicables selon le droit international général à la responsabilité éventuelle des Etats, pour des dommages causés par la pollution des eaux.»

b) Responsabilité pour violation de l'obligation de diligence du droit international général

L'idée qu'il existe une responsabilité découlant de la violation de l'obligation de diligence de ne pas polluer se trouve dans divers projets de convention. Ainsi celui du Comité juridique interaméricain:

«*Article 6*

Toutes les fois que l'utilisation par un Etat d'un cours d'eau ou d'un lac international cause ou peut causer un dommage ou un préjudice à un autre Etat intéressé, le premier devra obtenir le consentement de celui-ci et, sur sa demande, l'indemniser en raison du dommage ou du préjudice souffert[111].»

ou du Comité juridique consultatif afro-asiatique:

«Proposition IX

Tout acte ou omission d'un Etat du bassin contrevenant aux règles qui précèdent peut donner lieu à responsabilité en vertu du droit international. L'Etat responsable sera tenu de mettre un terme à ses activités nocives et d'indemniser l'autre Etat du bassin lésé pour le préjudice qu'il aura subi, à moins que le préjudice ne se limite à un inconvénient mineur tolérable dans le cadre de relations de bon voisinage[112].»

L'existence de principes gouvernant la responsabilité a été reconnue par le principe 22 de Stockholm:

«Les Etats doivent coopérer pour développer davantage 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 Etats ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction.»

L'article 21 précité du projet de convention du 13 mars 1974 du Conseil de l'Europe se réfère aussi, fut-ce avec répugnance, à la responsabilité des Etats pour dommages causés par la pollution des eaux.

Interrogés sur le point de savoir s'ils étaient d'accord que la responsabilité pour acte illicite existait aussitôt qu'une obligation de ne pas polluer

[111] A/CN. 4/274 (vol. II), p. 304.
[112] A/CN. 4/274 (vol. II), p. 264.

était transgressée, qu'elle soit conventionnelle ou de droit international général, les membres de la Commission se sont prononcés dans leur grande majorité de façon positive. Ainsi MM. *McDougal*, *McWhinney*, *Rousseau*, *Seidl-Hohenveldern* (pourvu que la pollution soit substantielle), *Sette-Câmara* (uniquement pour la transgression d'une obligation conventionnelle, car il n'estime pas qu'il y ait en la matière de règle de droit international général), *Verzijl*, *Zemanek*, *Ziccardi* et *Žourek*. Ce dernier souligne qu'en dehors des normes formellement énoncées, les présuppositions et les conséquences logiques des règles du droit international font également partie du droit international.

M. *Jennings* réitère sa position que les solutions doivent être conventionnelles et fondées sur une technologie appropriée.

M. *Colliard*, pour sa part, ne pense pas qu'il existe de règle de droit international général en la matière et est favorable à une responsabilité objective.

c) Responsabilité sans acte illicite

Comme nous l'avons vu plus haut sous II, D, a), la majorité de la Commission n'estime pas que l'on se trouve en matière de pollution dans le domaine du risque et, par conséquent, de la responsabilité sans acte illicite. Mais nous avons vu qu'il se dessinait un courant que M. *McWhinney* a défendu avec le plus de détails, tendant à souhaiter qu'une responsabilité absolue existe dans le cas d'activité comportant des risques exceptionnels *(ultra-hazardous activities)*. C'est là une aspiration à laquelle le projet de résolution essaie de répondre. Néanmoins, il va de soi que de tels mécanismes ne peuvent être établis que conventionnellement. C'est en ce sens que vont les précédents en matière d'accidents ayant leur source dans l'énergie nucléaire ou la pollution par hydrocarbures. De tels mécanismes devraient assurer avec efficacité l'indemnisation des victimes. Le rôle respectif de la responsabilité de la personne juridique ayant exercé l'activité polluante (exploitant, transporteur, etc.) et de celle de l'Etat relève de choix politiques dans le détail desquels il ne peut être question d'entrer ici.

d) Imputabilité à l'Etat des actes commis par les particuliers sous sa juridiction ou son contrôle

Selon les règles coutumières de la responsabilité internationale, l'Etat est responsable pour les actes accomplis par les particuliers lorsqu'il n'a pas pris à leur égard les mesures de prévention ou de répression qui s'imposent.

Cette règle est de particulière importance dans la matière qui nous occupe. En effet, la pollution est fréquemment d'origine privée (notamment

du fait d'entreprises industrielles, agricoles, de transports fluviaux, etc.). Les actes des personnes privées peuvent avoir des effets transfrontières de deux manières. Ou bien, ils sont accomplis sur le territoire où elles résident et ont des effets en dehors du territoire par l'écoulement naturel des eaux, ou bien ils sont accomplis directement en dehors du territoire d'origine dans le territoire étranger (cas du transporteur fluvial, par exemple). Dans le premier cas, le contrôle de l'Etat à l'égard du particulier relève de l'exercice de la compétence territoriale, dans le second, de l'exercice de la compétence personnelle.

Dans l'exercice de son obligation de vigilance, l'Etat doit prendre toutes les mesures utiles (législatives, administratives, judiciaires et autres) pour que les particuliers qui se trouvent sur son territoire ou ses nationaux à l'étranger n'accomplissent pas des actes de pollution interdits par le droit international. En cas de violation de cette obligation de vigilance, l'Etat engage sa responsabilité internationale.

Ce mécanisme d'imputabilité fut mis en lumière dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* où le tribunal a déclaré:

"As Professor Eagleton puts in ... 'A State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction'. (...) Considering the circumstances of the case, the Tribunal holds that the Dominion of Canada is responsible in international law for the conduct of the Trail Smelter (...) it is, therefore, the duty of the Government of the Dominion of Canada to see to it that this conduct should be in conformity with the obligation of the Dominion under international law as herein determined[113]."

L'article X des Helsinki Rules, après avoir énoncé au § 1 la règle de prévention et de réduction de la pollution, ajoute au § 2:

"The rule stated in paragraph 1 of this Article applies to water pollution originating:
a) within a territory of the State, or
b) outside the territory of the State, if it is caused by the State's conduct."

Le commentaire de ce paragraphe comporte les éléments suivants:

"The rule stated in this Article engages the responsibility of a State to take action with respect to all pollution causing substantial injury in the territory of a co-basin State regardless of whether the pollution results from public activity of the State itself, within or outside its territory, or from conduct of private parties within its territory (...).

Under the rule stated in this Article, a State is also responsible for its conduct occurring outside its territory causing substantial injury in the territory of a co-basin State. Thus the criterion of State responsibility is its conduct and not the situs of that conduct[114]."

[113] Sentence du 11 mars 1941, R.S.A. III, p. 1963, 1965 et 1966.
[114] I.L.A., Rapport précité, pp. 500–501.

Les principes 21 et 22 de Stockholm relatifs à l'obligation de diligence et de la responsabilité découlant de sa violation, font de même la distinction entre les «activités exercées (par les Etats) dans les limites de leur juridiction» et celles exercées «sous leur contrôle» qui causent un dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale[115].

Quelques traités créent d'ailleurs directement des obligations pour les particuliers[116]. Mais il va de soi que si l'obligation conventionnelle n'a que l'Etat pour destinataire, cela ne dégage pas celui-ci de prendre les mesures internes nécessaires pour que les particuliers se comportent de manière à ne pas enfreindre les obligations relatives à la pollution. La plupart des conventions prévoient spécifiquement les obligations des Etats à cet égard[117].

[115] Commentant ces membres de phrases, L. B. Sohn remarque que ces textes envisagent «les activités menées par des personnes, ou navires sous le contrôle de l'Etat où qu'ils agissent». Ceci s'applique «aux citoyens de l'Etat, aux navires battant son pavillon et sans doute même aux sociétés enregistrées dans son territoire» (op. cit., p. 493). On comprend mal d'ailleurs son hésitation à propos des sociétés. Il ajoute ensuite qu'il est plus douteux que le texte s'applique aux résidents d'un Etat, aux navires possédés par ses nationaux mais battant pavillon d'un autre pays ou aux filiales étrangères contrôlées par des sociétés enregistrées dans cet Etat (ibid.). Ici encore, les hésitations de Sohn sont discutables. La compétence territoriale couvre évidemment les résidents et rien n'interdit à un Etat de faire jouer sa compétence personnelle à l'égard de ses nationaux à l'étranger.

[116] 11 juillet 1868, Espagne-France, sec. I, 6°; 28 décembre 1880, France–Suisse, art. 6: «Ces établissements sont tenus d'organiser à leurs frais, l'écoulement de ces matières dans le sol»; 18 mai 1887, Alsace-Lorraine–Bade–Suisse, art. 10; 5 novembre 1892, Allemagne–Grand-Duché de Luxembourg, art. 2, § 10: "In the event of overriding agricultural or industrial interest, the casting or ejection of such substances into the waters concerned may be permitted by agreement between the two Governments, provided the owner of the enterprise is directed to provide such installations as may be necessary to reduce damage to fishing as far as possible"; 9 mars 1904, France–Suisse, art. 6, 17 et 29: «Ces établissements sont tenus d'organiser, à leurs frais, l'écoulement de ces matières dans le sol»; 13 juin 1906, Italie–Suisse, art. 12: «Ces résidus doivent être éliminés par les fabricants, de manière à ne pas porter préjudice aux poissons»; 10 avril 1922, Allemagne–Danemark, les art. 33 et 45 établissent un mécanisme de mise en cause directe de la responsabilité civile (et pénale) des particuliers contrevenants; 14 février 1925, Norvège–Finlande, l'art. V prévoit que «les dommages causés par le flottage devront être réparés par le propriétaire du bois»; 9 avril 1956, Autriche–Hongrie, art. 2, § 7 (filtrage obligatoire pour les nouvelles installations); 27 février 1959, Canada–Etats-Unis, f); 8 juin 1959 – 17 octobre 1961, Canada–Etats-Unis, g). Les traités France–Espagne du 24 septembre 1952 (art. 11) et du 14 juillet 1959 (art. 20): «Les usines qui déversent des eaux usées ... devront être munies d'un procédé de filtrage rendant ces eaux inoffensives pour les diverses espèces de poissons.»

[117] Ainsi, par exemple: 14 décembre 1931, Roumanie–Yougoslavie, art. 32: «Les

Interrogés sur le point de savoir s'ils se ralliaient à l'idée que l'Etat est également responsable des activités dommageables accomplies par les personnes privées qui sont sous son contrôle, les membres de la Commission ont tous répondu affirmativement. Ainsi, MM. *Colliard* (qui réserve, à juste titre, l'action récursoire de l'Etat contre l'auteur de la pollution), *Jennings*, *McDougal*, *McWhinney*, *Rousseau*, *Seidl-Hohenveldern*, *Sette-Câmara*, *Verzijl*, *Zemanek*, *Ziccardi* et *Žourek* (qui insiste sur le fait que l'Etat est tenu de prendre les mesures législatives et administratives nécessaires pour assurer un contrôle efficace dans ce domaine).

En conclusion de cette section, il est proposé que soient libellés comme suit les articles 4 et 5 du projet de résolution:

«*Article 4*

Conformément aux principes généraux du droit international, les activités exercées par les Etats dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle qui contreviennent aux obligations qui précèdent et causent un préjudice [sensible] dans les régions situées au-delà des limites de leur juridiction, entraînent leur responsabilité internationale.

Article 5

Afin d'assurer un système efficace de prévention et de réparation pour les victimes de la pollution transfrontière, les Etats devraient instaurer des régimes conventionnels particuliers comportant une responsabilité objective des pollueurs en cas de dommage survenant à la suite d'activités comportant un risque exceptionnel.»

III. La coopération internationale

La Charte européenne de l'eau, adoptée par le Conseil de l'Europe, proclame cette évidence:

«L'eau n'a pas de frontières; c'est une ressource commune qui nécessite une coopération internationale.»

La coopération internationale en matière de pollution peut être envisagée, soit comme un devoir (une des conséquences de l'obligation de diligence que nous avons analysée dans la partie précédente), soit comme une pratique réalisée, soit encore comme une pratique recommandable.

Il n'est pas toujours aisé de déterminer quand on passe de l'un à l'autre plan.

deux gouvernements veilleront notamment à l'application des dispositions de leurs lois interdisant aux industriels et usiniers le jet ou l'évacuation dans les eaux, des matières...»; 22 novembre 1934, Belgique–Royaume-Uni, art. 3; 8 juillet 1948, Pologne–U.R.S.S., art. 17; etc.

La gravité du problème de l'eau dans le monde entier a fait naître un sentiment de solidarité en dépit de la diversité des régimes politiques et de l'inégalité dans le développement.

Le principe 24 de la Déclaration de Stockholm fait une place à la coopération dans les termes suivants:

«Les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits, et sur un pied d'égalité. Une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour prévenir, éliminer ou réduire et limiter efficacement les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les Etats.»

La coopération est présentée en utilisant le conditionnel – témoignage du souhaitable plutôt que de l'obligatoire.

On peut cependant se demander si l'obligation de diligence qu'assigne le principe 21 n'oblige pas d'ores et déjà les Etats à coopérer dans la lutte contre la pollution.

Les rapports de coopération sont multiples et peuvent s'établir à des niveaux divers de gravité de pollution des fleuves, chaque fleuve posant, au demeurant, des problèmes spécifiques. Ceci rend évidemment très difficiles des réflexions à un haut niveau de généralité, comme le souligne M. *Jennings*, en réponse à la question 13.

Tant la pratique que la doctrine ont cependant tenté d'isoler certaines formes de coopération, aussi bien en cas de contestation particulière qu'en vue d'une coordination des efforts à long terme. Encore que cette distinction ne soit pas toujours facile à appliquer, c'est celle qui a guidé notre questionnaire et que nous conserverons à ce stade.

1. Coopération en cas de contestation particulière

a) Obligations d'avertir, d'informer, de consulter

On se souviendra que dans le domaine plus général de l'utilisation des eaux internationales non maritimes en dehors de la navigation, la résolution de Salzbourg de notre Institut avait établi comme étant *de droit* les principes suivants:

«*Article 5*

Les travaux ou utilisations visés à l'article précédent (c'est-à-dire *qui affectent sérieusement* les possibilités d'utilisation des mêmes eaux par d'autres Etats) ne peuvent être entrepris qu'après avis préalable donné aux Etats interessés.

Article 6

En cas d'objection, les Etats entreront en négociations en vue de parvenir à un accord dans un délai raisonnable ...»

Le Comité interaméricain de juristes a de même suggéré, en 1965, des procédures d'information et de consultation quand un Etat envisage des travaux de nature à affecter les eaux des fleuves et lacs[118].

Le même point de vue a été soutenu à propos de la pollution par MM. Jiménez de Aréchaga[119], Bourne[120] et Charles De Visscher[121]. P. Stainov, en revanche, soutient qu'une telle obligation n'existe pas sur base des seuls «principes généraux du droit international»[122]. G. Gaja défend, pour sa part, une théorie intermédiaire: tout dépend du point de savoir si l'Etat polluant possède une part suffisante dans l'utilisation des eaux; s'il ne la possède pas, il n'est pas tenu de notifier une nouvelle forme d'utilisation, sauf si cela peut aider le co-riverain à prendre des mesures pour protéger sa propre utilisation des eaux[123].

La Conférence de Stockholm n'ayant pu se mettre d'accord sur un principe à ce propos[124], a cependant pris une recommandation d'action n° 51b aux termes de laquelle:

«Les Etats conviendront que, lorsqu'ils envisagent d'importantes activités faisant intervenir des ressources en eau et qu'elles risquent d'avoir des effets notables sur l'environnement dans un autre pays, ce dernier doit en être avisé assez longtemps à l'avance»

et renvoyé la question à l'Assemblée générale de l'O.N.U. Cette dernière a adopté, à ce propos, sa résolution 2995 (XXVII) du 15 décembre 1972 qui prévoit que soit

«donné connaissance officielle et publique des données techniques relatives aux travaux que doivent entreprendre les Etats ... afin d'éviter qu'un préjudice sensible puisse être causé à l'environnement de la zone voisine».

[118] Art. 8 e). Texte dans Actas y documentos relativos al tema uso industrial y agrícola de rios y lagos internacionales, p. 90.

[119] Op. cit., pp. 336–337.

[120] Op. cit., p. 122: "A State must give co-basin States prior notice of works or utilizations that might cause them serious injury" ... "sufficient information" [and] ..." is under an obligation to consult and to negotiate in good faith". Voyez aussi du même auteur: Procedure in the Development of International Drainage Basins: The Duty to Consult and to Negotiate, A.C.D.I., 1972, pp. 214–234.

[121] Op. cit., Les confins, p. 8: il suggère les «méthodes de consultation ou de négociation» pour régler les différends relatifs à l'utilisation des eaux communes.

[122] Op. cit., p. 117.

[123] Op. cit., pp. 377–378.

[124] *Sohn*, op. cit., pp. 496 et ss.

Le Comité juridique consultatif africano-asiatique, en 1973, dans sa proposition X propose également la consultation préalable des autres Etats du bassin intéressé quand un Etat «se propose de modifier les utilisations actuelles des eaux d'un bassin de drainage international d'une manière qui risque d'avoir de graves répercussions sur l'utilisation des eaux par un autre Etat du bassin»[125].

C'est néanmoins la recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. concernant des principes relatifs à la pollution transfrontière du 14 novembre 1974[126] qui a développé le plus la question:

«Titre E – Principe d'information et de consultation

6. Avant le début de travaux ou d'activités qui seraient susceptibles de créer un risque sensible de pollution transfrontière, le pays d'origine de ces travaux ou activités devrait informer assez tôt les autres pays qui sont ou qui pourraient être affectés par la pollution transfrontière. Il devrait fournir à ces pays des informations et données pertinentes dont la communication n'est pas interdite par les dispositions législatives ou réglementaires ou les conventions internationales applicables, et les inviter à faire connaître leurs commentaires.

7. Les pays devraient, à la requête du pays qui est ou pourrait être directement affecté, entrer en consultations sur un problème de pollution transfrontière existant ou prévisible et devraient poursuivre avec diligence dans un délai raisonnable de telles consultations sur ce problème particulier.

8. Les pays devraient éviter de mettre en œuvre des projets ou activités qui seraient susceptibles de créer un risque sensible de pollution transfrontière sans avoir préalablement informé les pays qui sont ou qui pourraient être affectés et sans prévoir, à moins qu'il n'y ait urgence extrême, un délai raisonnable, compte tenu des circonstances, pour des consultations diligentes. De telles consultations, menées dans le meilleur esprit de coopération et de bon voisinage, n'habilitent pas un pays quelconque à retarder de manière déraisonnable ou à entraver les activités ou projets sur lesquels porte cette consultation.»

Diverses conventions internationales prévoient des informations entre co-riverains ou à la Commission compétente (mixte ou de bassin)[127].

[125] A/CN. 4/274 (vol. II), p. 264.

[126] Doc. C (74) 224. Notre confrère, M. Seidl-Hohenveldern, y a consacré une étude dans les Symbolae García Arias, nos 33–36 de la Revista Temis, Zaragoza, 1973–1974.

[127] Ainsi: 7 avril 1955, Roumanie–Yougoslavie: "The erection of any new installations and the execution of any new works in the territory of either Contracting State, which may change the existing regime of the waters ... change the quality of the waters ... shall be referred to the Mixed Commission for examination ..."; 8 avril 1960, R.F.A.–Pays-Bas: art. 60, § 1: «Si l'une des Parties se propose de prendre ou d'autoriser, sur son territoire, des mesures de nature à exercer une influence notable sur l'utilisation et l'exploitation des ressources hydrauliques à l'intérieur du territoire de l'autre Partie, la Commission permanente des eaux frontières devra en être avisée aussitôt que possible.» En cas d'objection, il y a obligation de surseoir aux mesures (art. 62); 27 octobre 1960, protection du lac de

La recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. du 14 novembre 1974 comporte également deux dispositions intéressantes pour l'information et l'aide en cas d'accidents:

«9. Les pays devraient rapidement avertir les autres pays susceptibles d'être affectés de toute situation de nature à faire croître soudainement le niveau de pollution dans des régions situées en dehors du pays à l'origine de la pollution et prendre toutes les mesures appropriées pour réduire les effets d'une telle augmentation soudaine.

10. Les pays devraient se prêter mutuellement assistance, en tant que de besoin, pour prévenir les accidents susceptibles de conduire à une pollution transfrontière, pour minimiser et, si possible, éliminer les effets de tels accidents et ils devraient à cette fin mettre sur pied des plans d'urgence.»

Ici encore, on trouve des dispositions conventionnelles prévoyant l'obligation de s'avertir mutuellement en cas d'accident[128].

Constance, art. I, § 3: «... les Etats riverains se communiqueront mutuellement, en temps opportun, les projets d'utilisation d'eau dont la réalisation pourrait porter atteinte aux intérêts d'un autre Etat riverain en ce qui concerne le maintien de la salubrité des eaux du lac de Constance. Ces projets ne seront réalisés qu'après avoir été discutés en commun par les Etats riverains, à moins qu'il n'y ait péril en la demeure ou que les autres Etats n'aient consenti expressément à leur exécution immédiate»; 26 octobre 1963, fleuve Niger: art. 4: coopération pour l'étude et l'exécution de tout projet susceptible d'exercer une «influence sensible ...»; 7 février 1964, fleuve Sénégal: art. 3: soumission au Comité interétat «des projets dont l'exécution est susceptible de modifier d'une manière sensible ...»; 24 avril 1964, Finlande–U.R.S.S., art. 4, al. 3: en cas de risque de pollution, il faut saisir la Commission mixte; 22 mai 1964, bassin du Tchad, art. 5 et 6: obligation d'information de la Commission pour «toutes mesures susceptibles d'avoir une influence sensible» sur les caractéristiques de l'eau; 17 juillet 1964, Pologne–U.R.S.S., art. 6; 25 novembre 1964, fleuve Niger, art. 12: information de la Commission pour les projets et travaux susceptibles de polluer les eaux; 15 avril 1972, Canada–Etats-Unis, art. IX, 2: avertir et consulter; projet 1972 sur lac Tchad, art. XII: obligation d'informer la Commission des «émissions polluantes susceptibles d'avoir un effet nuisible appréciable»; 20 septembre 1973, R.D.A.–R.F.A.: échange d'informations sur les événements susceptibles d'avoir un effet néfaste; 19 février 1974, convention scandinave, obligation d'information (art. 5) et consultation (art. 11 et 12); projet Conseil de l'Europe du 13 mars 1974: art. 11: obligation de s'avertir en cas d'augmentation soudaine de la pollution; 3 décembre 1976, pollution chimique du Rhin: art. 11: information en cas d'«accroissement soudain et notable des substances» prévues; 3 décembre 1976, pollution par chlorides du Rhin, art. 11: «information pour accroissement soudain et notable.»

[128] 7 avril 1955, Roumanie–Yougoslavie, art. 3: coordination et échange rapide d'informations en cas de danger; 25 mars 1957, Convention Euratom, art. 34: mesures spéciales en cas d'expériences dangereuses; 21 février 1974, prévention de la pollution marine d'origine tellurique, art. 13: "The contracting Parties undertake to assist one another as appropriate to prevent incident which may result in pollution from land-based sources, to minimize and eliminate the consequences of such incidents, and to exchange information to that end"; Projet de Convention du Conseil de l'Europe du 13 mars 1974, art. 11, qui

Sur le point de savoir si le droit international général comporte des obligations d'avertir, d'informer et de consulter, les membres de la Commission sont partagés.

Trois membres répondent négativement: MM. *Colliard*, *Jennings* et *Sette-Câmara*, qui estiment que de telles obligations ne peuvent être que conventionnelles.

Répondent au contraire positivement: MM. *McDougal*, pourvu que l'activité concernée comporte un risque significatif («significant risk») de dommage transnational; *McWhinney*, en cas d'activité comportant un risque exceptionnel («ultra-hazardous activities») ou lorsque l'activité est nouvelle et inusitée; *Rousseau*, *Seidl-Hohenveldern*, *Verzijl*, qui estime ce comportement raisonnable, sans toutefois y voir une obligation internationale stricte; *Zemanek*, simplement lorsqu'une source nouvelle et importante de pollution est envisagée (comme un réacteur nucléaire qui se sert de l'eau pour le refroidissement); *Žourek* qui estime que:

«les Etats devraient échanger des informations sur l'état de pollution des fleuves et des lacs tombant sous leur juridiction et informer l'opinion publique par des moyens appropriés dans les cas où survient une pollution sur une grande échelle ou particulièrement dangereuse. Toutefois la pratique des Etats ne permet pas de conclure qu'une telle obligation fasse déjà partie du droit international général.»

b) Obligation d'obtenir le consentement

Brierly soutient qu'un Etat ne peut, en principe, modifier les caractéristiques d'une rivière d'une façon qui crée un préjudice grave à un autre Etat sans le consentement de ce dernier[129]. La déclaration précitée de Montevideo[130] fait du consentement de l'Etat lésé la condition permettant l'altération dommageable des cours d'eau.

traite des augmentations soudaines de la pollution; 3 décembre 1976, protection du Rhin contre la pollution chimique, art. 11: «Lorsqu'un gouvernement ... constate dans les eaux du Rhin un accroissement soudain et notable des substances relevant des annexes I et II ou a connaissance d'un accident dont les conséquences sont susceptibles de menacer gravement la qualité de ces eaux, il en informe sans retard la Commission internationale et les parties contractantes susceptibles d'en être affectées selon une procédure à élaborer par la Commission internationale». Même disposition dans la Convention du 3 décembre 1976 sur la protection du Rhin contre la pollution par chlorides (art. 11); 13 mars 1965, art. 8 et 28 octobre 1969, art. 11 (4), Pologne–R.D.A., coopération en cas de pollution des eaux frontières. Mentionnons encore l'Accord du 4 juillet 1977 entre la R.F.A. et le Danemark qui prévoit l'échange d'informations sur la construction d'installations nucléaires le long de la frontière.

[129] Op. cit., pp. 231–232.

[130] Voyez ci-dessus notes 47 et 48.

Cette position est cependant isolée.

Dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral a rejeté la thèse espagnole qui soutenait la nécessité de son consentement:

«... la règle suivant laquelle les Etats ne peuvent utiliser la force hydraulique des cours d'eau internationaux qu'à la condition d'un accord *préalable* entre les Etats intéressés ne peut être établie ni à titre de coutume, ni encore moins à titre de principe général du droit[131].»

La pratique conventionnelle ne fait état que très rarement d'une telle obligation[132].

A part MM. *McWhinney* et *Rousseau*, les membres de notre Commission estiment qu'il n'y a pas d'obligation de droit international général à obtenir un tel consentement. Telle est l'opinion de MM. *Colliard* (pour qui une telle obligation ne peut être que conventionnelle et pour une pollution d'une certaine importance), *McDougal*, *Seidl-Hohenveldern*, qui estime que ceci consisterait à donner à l'Etat riverain un droit de veto absolu concernant tout nouvel usage, *Sette-Câmara*, *Verzijl* et *Zemanek*. M. *Žourek* aboutit au même résultat, mais par un raisonnement tout à fait différent:

«La possibilité d'obtenir le consentement d'un autre Etat pour un usage nouveau polluant me paraît exclue. Un accord de deux ou plusieurs Etats ne saurait légitimer une violation des droits de l'homme.»

c) Obligation de négocier ou de régler pacifiquement ces différends

En cas de différend entre Etats en matière de pollution, y a-t-il en la matière des obligations particulières qui dépassent celles qu'indique – très

[131] R.S.A., XII, p. 308.

[132] 26 octobre 1905, Norvège–Suède, art. 2: «Conformément aux principes généraux du droit international, il est entendu que les travaux mentionnés à l'art. 1 ne pourront être exécutés dans l'un des deux Etats sans le consentement de l'autre, chaque fois que ces travaux en influençant les eaux situées dans l'autre Etat, auraient pour effet soit de mettre des entraves sensibles à l'utilisation d'un cours d'eau pour la navigation ou le flottage, soit d'apporter autrement des changements sérieux aux eaux d'une région d'étendue considérable»; 6 novembre 1922, Allemagne-Belgique, III, 1, 2°: «Avant d'entreprendre toute modification à l'état actuel des conduites, modification qui pourrait avoir une fâcheuse influence sur la quantité ou sur la qualité de l'eau, les deux puissances s'engagent à se mettre d'accord sur les mesures à prendre» (voyez aussi 2, al. 3); 17 juillet 1964, Pologne–U.R.S.S., art. 9.4: «Les parties contractantes s'entendront dans chaque cas au sujet des prélèvements et de l'écoulement des eaux frontières, ainsi que du déversement dans les eaux frontières d'eaux usées et autres»; 20 décembre 1933, Brésil–Uruguay, art. XX: «Si l'établissement d'une installation pour l'utilisation des eaux est susceptible d'entraîner une modification sensible et durable dans le régime d'un cours d'eau ... l'Etat contractant désireux de procéder à cette installation n'exécutera les travaux nécessaires à cet effet qu'après s'être mis d'accord avec l'autre Etat».

généralement – l'article 33 de la Charte? A défaut de clause conventionnelle particulière, que l'on rencontre au demeurant rarement, personne ne soutient qu'il y ait en droit international coutumier d'obligation de recourir en ce domaine à des modes particuliers de règlement des différends. L'analyse de la pratique des Etats – comme nous le verrons plus loin – montre la répugnance des Etats à recourir à des procédures tendant à régler les problèmes de pollution par des modes fondés sur l'application du droit. L'affaire de la *Fonderie de Trail* est restée dans un splendide isolement, alors que les problèmes de pollution étaient nombreux et importants dans les rapports de tous les pays industrialisés[133].

La position des membres de la Commission sur ce point est aussi de s'en remettre aux textes conventionnels liant les parties ou à la Charte des Nations Unies; ainsi MM. *Colliard, Jennings, McDougal* qui estime que l'article 33 fait partie du droit coutumier international, *McWhinney, Rousseau* qui n'exclut pas que l'on aille jusqu'à la Cour internationale de Justice, *Seidl-Hohenveldern* qui suggère le recours aux organisations internationales, *Sette-Câmara* qui souligne l'intérêt de formules conduisant à l'injonction de diminuer la pollution, *Verzijl* qui est assez sceptique sur l'efficacité de l'article 33 de la Charte et insiste sur le caractère recommandable des modes juridiques de règlement pacifique sans exclure le jeu des pouvoirs de statuer *ex aequo et bono*.

MM. *McWhinney, Seidl-Hohenveldern* et *Verzijl* n'excluent pas le recours aux méthodes de *self-help*, rétorsion ou représailles.

On notera aussi l'importante remarque de M. *McDougal* selon lequel:

> "Recent developments (*e.g.* in the *North Sea Continental Shelf* and *Icelandic Fisheries Jurisdiction* cases) suggest that the parties might be entitled to a 'mutually acceptable conclusion' of dispute over the utilization (including a polluting use) of a given internationally shared natural resource."

2. Coopération de caractère général

Le caractère souhaitable du développement des modalités de coopération internationale en matière d'environnement a été souligné par de nombreuses

[133] Sur ces questions, voyez *Bilder, R.*, Settlement of Disputes in the Field of International Law of Environment, in R.C.A.D.I., vol. 144, p. 225, et *Ianni, R. W.*, International and Private Actions in Transboundary Pollution, Annuaire canadien de droit international, 1973, pp. 258–270; *Bianchi, R. L.*, Role of Adjudication in International River Disputes, A.J.I.L., 1959, pp. 30–49; *Bourne, C. B.*, Mediation, Conciliation and Adjudication in the Settlement of International Drainage Basin Disputes, A.C.D.I., 1971, pp. 14 et ss.; *Clagett, B. M.*, Survey of Agreements Providing for Third Party Resolution of International Water Disputes, A.J.I.L., 1961, pp. 645 et ss.

organisations internationales, notamment en ce qui concerne l'échange d'informations, la conclusion de traités internationaux et la création de commissions internationales.

a) L'échange d'informations

Le titre 6 de la recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. du 14 novembre 1974 est consacré à l'échange d'informations scientifiques et à la coopération dans le domaine des observations et recherches:

«11. Les pays concernés devraient se transmettre toutes les informations et données scientifiques appropriées relatives à la pollution transfrontière lorsque ceci n'est pas interdit par les dispositions législatives ou réglementaires ou les conventions internationales applicables. Ils devraient mettre au point et adopter des méthodes de mesures de la pollution donnant des résultats comparables.

12. Ils devraient, le cas échéant, collaborer à des programmes de recherche scientifique et technique destinés entre autres à identifier l'origine et les voies de cheminement de la pollution transfrontière, les dommages causés et les meilleures méthodes de prévention et de lutte contre la pollution, et ils devraient se communiquer mutuellement toutes les informations et données ainsi obtenues.

En cas de besoin, ils devraient envisager d'établir conjointement, dans les zones concernées par la pollution transfrontière, un système ou un réseau d'observation permanente de paramètres permettant d'apprécier les niveaux de la pollution et de vérifier l'efficacité des mesures de réduction de cette pollution qu'ils auront prises[134].»

Diverses conventions internationales prévoient des stipulations en vue de favoriser l'information réciproque en vue d'assurer une meilleure gestion de l'environnement aquatique[135].

[134] C (74) 224.

[135] 16 avril 1954, Hongrie–Tchécoslovaquie, art. 29: «Les parties se fourniront réciproquement les informations indispensables sur l'influence exercée sur le débit des cours d'eau limitrophes par les ouvrages situés en dehors des sections limitrophes. En particulier, elles s'informeront de l'expérience acquise dans le domaine des mesures adoptées afin de prévenir la pollution des eaux des fleuves limitrophes»; 17 juillet 1964, Pologne–U.R.S.S., art. 6, 7 et 8 prévoient l'échange d'expériences et de renseignements en matière de plans de développement de l'hydroéconomie des eaux, d'élaboration de normes, de standards et projets types d'installation, etc.; 15 avril 1972, Canada–U.S.A., art. VIII; 19 novembre 1973, Argentine–Uruguay, art. 50: "The Parties pledge to inform each other as to any norms they anticipate may be adopted with reference to water pollution"; 21 février 1974, prévention de la pollution marine d'origine tellurique: "The contracting Parties agree to establish complementary or joint programmes of scientific and technical research, including research into the best methods of eliminating or replacing noxious substances so as to reduce marine pollution from land based sources, and to transmit to each other the information so obtained ...". Le projet de convention du Conseil de l'Europe du 13 mars 1974 prévoit aussi l'échange d'informations, art. 7 et 9. Les deux conventions du 3 dé-

L'Acte final de la conférence d'Helsinki prévoit de même:

«– l'échange d'informations scientifiques et techniques, de documentation et de résultats de recherches, y compris les informations sur les méthodes de détermination des effets éventuels sur l'environnement des activités techniques ou économiques;

– l'organisation de conférences, de colloques et de réunions d'experts;

– l'échange de scientifiques, de spécialistes et de stagiaires;

– l'élaboration et l'exécution en commun de programmes et de projets relatifs aux différents problèmes de la protection de l'environnement ...»

b) Traités internationaux

Les traités internationaux relatifs à l'environnement peuvent être de contenus divers. Les plus importants d'entre eux sont sans doute ceux qui, dans le cadre d'un bassin hydrographique déterminé, s'attaquent aux problèmes concrets de pollution.

L'article 12 du projet de convention du Conseil de l'Europe du 13 mars 1974 entend créer, à cet égard, un *pactum de contrahendo:*

«1. Les Parties contractantes, dont les territoires sont séparés ou traversés par un même cours d'eau international ... s'engagent à entrer en négociations entre elles, si l'une d'entre elles en formule la demande, en vue de conclure un accord de coopération ou pour adapter les accords de coopération existants aux dispositions de la présente convention.»

Cet accord comportera la création d'une commission internationale (art. 14).

La recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. du 14 novembre 1974 comporte aussi une section relative aux traités internationaux (titre J):

«15. Les pays devraient chercher à conclure, en cas de besoin, des accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs à la réduction de la pollution transfrontière, conformément aux principes énoncés ci-dessus, et à mettre rapidement en vigueur les accords qu'ils auraient déjà signés.

16. Dans le cadre de la négociation de nouveaux accords bilatéraux ou multilatéraux, les pays devraient, tout en tenant compte des principes énoncés ci-dessus, s'efforcer d'appliquer des mesures efficaces de prévention et de lutte contre la pollution en accord avec le Principe Pollueur-Payeur.

De tels accords pourraient, entre autres, inclure des dispositions relatives à des procédures pratiques destinées à assurer l'indemnisation rapide et équitable des personnes

cembre 1976 relatives à la pollution chimique du Rhin et par chlorides prévoient de même l'échange d'informations.

A cette liste, il conviendrait encore d'ajouter toutes les conventions qui, créant des commissions internationales, prévoient l'information de celles-ci et les traités de coopération dans le domaine de l'environnement comme le Traité U.R.S.S.–U.S.A. du 23 mai 1972, et Italie–U.S.A. du 24 juin 1968, etc. Mentionnons enfin les accords européens dans le domaine des nuisances du 23 novembre 1971.

affectées par la pollution transfrontière, et pourraient aussi inclure des procédures destinées à faciliter la fourniture de l'information et de la consultation[136].»

L'Acte final de la conférence d'Helsinki propose également que les Etats participants développent leur coopération:

«en appuyant et en encourageant la mise en œuvre des conventions internationales pertinentes auxquelles ils sont parties, en particulier celles qui ont pour objet de prévenir et de combattre la pollution ... des eaux douces, en recommandant aux Etats de ratifier les conventions déjà signées, ainsi qu'en examinant la possibilité d'adhérer à d'autres conventions appropriées auxquelles ils ne sont pas actuellement parties.»

c) Les commissions internationales

Les commissions internationales chargées par convention de traiter principalement ou accessoirement de problèmes de pollution sont nombreuses et diverses. Il ne pourrait être question ici d'en faire le relevé exhaustif, mais simplement d'en présenter une typologie.

1. Types de commissions

On rencontre plusieurs types de commissions:

1° celles qui ont pour tâche essentielle de faciliter la navigation sur les fleuves internationaux et qui, accessoirement, veillent à l'interdiction du déversement par la batellerie de résidus d'huiles de combustibles liquides et de rejets divers, ainsi qu'à réglementer le transport des matières dangereuses.

De ce type, on signalera notamment: la Commission centrale pour la navigation du Rhin (Traité du 17 octobre 1868) et la Commission du Danube (Traité du 18 août 1948);

2° celles qui ont pour tâche la protection de la pêche fluviale et qui, dès lors, s'inquiètent de la pollution qui peut être nuisible aux poissons. De ce type, on signalera la Commission mixte pour la pêche dans le Danube (Convention du 29 janvier 1958 entre la Roumanie, la Bulgarie, la Yougoslavie et l'U.R.S.S.) ou la Commission commune de la pêche unissant la Rhénanie Palatinat, la Sarre et le Grand-Duché de Luxembourg pour la protection de la pêche dans les eaux frontières, y compris la Moselle, la Sure et l'Our (Convention du 24 novembre 1975);

3° les commissions que l'on rencontre en plus grand nombre sont celles qui sont compétentes pour tous les problèmes qui se posent dans les eaux frontalières, y compris les problèmes de pollution.

Les ancêtres de ce type de commission ont vu le jour outre-Atlantique: la Commission internationale des frontières Etats-Unis–Mexique, dont la mis-

[136] C (74) 224.

sion et l'organisation ont fait l'objet des traités du 1er mars 1889, 3 février et 14 novembre 1944, et la célèbre Commission conjointe internationale (I.J.C.) Canada–Etats-Unis, créée par le Traité du 11 janvier 1909, et dont les compétences ont été étendues par la Convention du 15 avril 1972 relative à la qualité des eaux dans les grands lacs.

On citera encore la Commission des eaux frontières Allemagne–Danemark (Convention du 10 avril 1922), la Commission internationale des frontières et des eaux U.S.A.–Mexique (Traité du 3 février 1944), la Commission mixte Pologne–R.D.A. des eaux frontières (Traité du 6 février 1952), la Commission permanente yougoslavo-autrichienne pour Moura (Convention du 16 décembre 1954), la Commission de contrôle des eaux yougoslavo-roumaine (Convention du 7 avril 1955), la Commission sur l'économie des eaux yougoslavo-hongroise (Traité du 8 août 1955), la Commission austro-hongroise des eaux (Traité du 9 avril 1956), la Commission permanente yougoslavo-grecque de l'hydroéconomie (Traité du 18 juin 1959), la Commission permanente germano-néerlandaise des eaux frontières (Traité du 8 avril 1960), la Commission Finlande–U.R.S.S. de l'utilisation des eaux frontières (Convention du 24 avril 1964), la Commission austro-tchécoslovaque des eaux frontalières (Convention du 7 décembre 1967), la Commission Finlande–Suède des frontières fluviales (Convention du 16 septembre 1971), la Commission technique bavaro-tchèque des eaux frontières (Convention du 24 septembre 1971) et la Commission des eaux frontalières Belgique–Pays-Bas, créée en 1974 (apparemment sans traité), etc.;

4° les commissions chargées de la gestion des problèmes qui se posent à propos de tout ou partie des grands fleuves internationaux se rencontrent notamment pour l'Indus (Convention Inde–Pakistan du 19 septembre 1960), le fleuve Sénégal: l'O.M.V.S. (Conventions successives des 7 février 1964, 25 mars 1968 et 11 mars 1972) groupant le Mali, la Mauritanie et le Sénégal, le bassin du Tchad (Convention du 22 mai 1964 et projet de 1972), le Niger (Convention du 26 septembre 1963 et du 25 novembre 1964), le Mékong (Convention du 31 octobre 1957), etc.;

5° une dernière grande catégorie regroupe les commissions dont la seule finalité est la lutte contre la pollution des eaux. De ce type, on citera: la Commission tripartite (France–Belgique–Grand-Duché de Luxembourg) des eaux polluées (Convention du 8 avril 1950), la Commission internationale permanente pour la protection des eaux du lac de Constance (Convention du 27 octobre 1960 entre l'Autriche, le Bade Wurtemberg, la Bavière et la Suisse), la Commission internationale pour la protection de la Sarre contre la pollution (Convention du 20 décembre 1961 entre la R.F.A. et la France), la Commis-

sion internationale pour la protection de la Moselle contre la pollution (Convention du 20 décembre 1961 entre la R.F.A., la France et le Grand-Duché de Luxembourg), la Commission internationale pour la protection des eaux du lac Léman contre la pollution (Convention franco-suisse du 16 novembre 1962), la Commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution (Convention du 29 avril 1963 entre la R.F.A., la France, le Grand-Duché de Luxembourg, les Pays-Bas et la Suisse. La C.E.E. y a adhéré par la Convention du 3 décembre 1976) et la Commission mixte pour la protection des eaux italo-suisses contre la pollution (Convention du 20 avril 1972).

Citons encore deux commissions plus particulières: la Commission permanente de contrôle de la centrale nucléaire des Ardennes (Convention Belgique–France du 23 septembre 1966 – cette Commission veille à la protection des eaux contre toute pollution radioactive) et la Commission sur la prévention de la pollution marine d'origine tellurique (Convention multilatérale du 21 février 1974).

Au total, plus d'une trentaine de commissions et nous n'avons aucune idée de l'importance des commissions qui ont échappé à nos recherches.

2. Extension géographique de leur compétence

S'agissant des commissions qui s'occupent d'un fleuve particulier, la compétence de la commission n'inclut pas toujours la totalité du bassin hydrographique. L'existence de multiples commissions pour le même bassin a été fréquemment critiquée. Face à une pollution qui englobe un bassin dans sa totalité, les réponses fragmentées paraissent insuffisantes[137].

3. Extension des compétences et moyens d'action[138]

Chaque commission étant régie par des conventions particulières et des pratiques propres, les généralisations sont impossibles. Tout au plus peut-on signaler des lignes directrices avec des indications de fréquence.

La compétence reconnue ou exercée le plus fréquemment par les commissions est une compétence d'étude et de recherches sur la nature, l'origine

[137] Voyez ainsi *H. Smets*, La gestion des bassins soumis à la pollution transfrontière, miméogr., mars 1978, p. 2.

[138] On consultera à ce propos une étude intéressante portant sur une vingtaine de commissions internationales, faite par le Comité de l'environnement de l'O.C.D.E., «Commissions internationales et intra-fédérales traitant de la pollution transfrontière des bassins hydrographiques», ENV/TFP/78.7 du 25 mai 1978; mentionnons aussi une autre étude émanant du même Comité, intitulée «Pollution transfrontière dans les bassins hydrographiques internationaux» qui examine quelles pourraient être les mesures de nature à renforcer l'efficacité des commissions internationales, ENV/TFP/77.13 du 11 juillet 1977.

et l'importance des pollutions existantes, avec la possibilité de recueillir des informations par elles-mêmes auprès des Etats. Plus rarement, ces commissions ont la possibilité de faire mesurer le degré de pollution le long du fleuve ou du lac dans les divers pays membres.

Les commissions ont, en second lieu, un rôle de coordination pour les politiques des Etats membres. Ce sont des lieux de consultation et de négociation privilégiés pour régler les problèmes de pollution et harmoniser les moyens de lutte.

Leur principal pouvoir concerne le droit de faire des recommandations aux Etats membres, en particulier au point de vue normatif ou pour la détermination d'objectifs de qualité.

De manière moins fréquente, certaines commissions se voient attribuer un pouvoir administratif consistant en la délivrance d'autorisation de travaux ou projets ou en des recommandations à ce propos[139] ou un pouvoir de contrôle d'application de la convention ou des normes[140], un rôle en matière d'alerte ou pour la préparation ou l'exécution de travaux[141].

Plus rares encore sont les commissions qui se voient attribuer des pouvoirs quasi-judiciaires ou arbitraux à propos de plaintes relatives à la pollution ou contre des mesures préventives jugées illégales par les particuliers intéressés[142].

Le projet de convention européenne pour la protection des cours d'eau internationaux contre la pollution du 13 mars 1974 a prévu, en ses articles 14 et 15, diverses dispositions en vue de généraliser la pratique des commissions internationales et l'uniformisation de leurs compétences[143].

[139] Ainsi les commissions suivantes: Allemagne–Danemark, Yougoslavie–Autriche, Roumanie–Yougoslavie, Finlande–U.R.S.S., fleuve Niger, Finlande–Suède, Bavière–Tchécoslovaquie.

[140] Ainsi, par exemple: I.J.C., lac de Constance, Rhin (Convention chloride), Finlande–U.R.S.S., lac Tchad, Centrale nucléaire des Ardennes, pollution maritime d'origine tellurique.

[141] Exemples: I.J.C., Allemagne–Danemark, Autriche–Yougoslavie, Roumanie–Yougoslavie.

[142] Art. 2 de la Convention du 3 février 1944 concernant la Commission internationale des frontières Etats-Unis–Mexique; art. 9 et 10 de la Convention du 11 janvier 1909 à propos de l'I.J.C. (jamais mis en œuvre), Allemagne–Danemark, Allemagne–Pays-Bas, Commission du Tchad et du Niger, finno-suédoise; l'art. IX du Traité sur l'Indus du 19 septembre 1960 confie à la Commission permanente un rôle dans le règlement des différends entre parties.

[143] «*Article 14*

1. L'accord de coopération visé à l'article 12 portera, sauf si les Parties Contractantes intéressées en décident autrement, création d'une commission internationale, dont il fixera l'organisation, le fonctionnement et, le cas échéant, les règles de financement.

Le Conseil de l'O.C.D.E., pour sa part, a, dans sa recommandation du 14 novembre 1974, inséré le titre suivant à propos des «Institutions»:

«13. Les pays concernés par un problème particulier de pollution transfrontière devraient prendre en considération les avantages d'une coopération par la création de commissions internationales ou autres organismes, ou par le renforcement d'institutions existantes, pour traiter plus efficacement des aspects particuliers de ce problème.

De telles institutions pourraient être autorisées à réunir les données nécessaires présentant un intérêt pour une évaluation correcte du problème et de ses causes et présenter aux pays concernés des propositions pratiques relatives à des actions concertées contre

2. L'accord de coopération devra, le cas échéant, prévoir que la ou les commissions qui existeraient déjà se doteront des compétences prévues à l'article 15.

3. Lorsqu'il existe plusieurs commissions internationales pour la protection des eaux contre la pollution des cours d'eau internationaux d'un même bassin hydrographique, les Parties Contractantes intéressées s'engagent à coordonner leurs activités en vue d'améliorer la protection des eaux de ce bassin.»

«*Article 15*

1. Toute commission internationale pour la protection des eaux sera notamment compétente pour:

(a) recueillir et vérifier régulièrement les données concernant les qualités des eaux du cours d'eau international;

(b) proposer, le cas échéant, aux Parties Contractantes intéressées d'effectuer ou de faire effectuer toute recherche complémentaire pour établir la nature, le degré et la source des pollutions; la commission pourra également décider d'entreprendre elle-même certaines études;

(c) proposer aux Parties Contractantes intéressées la mise en place d'un système d'alerte pour signaler sans délai les cas de pollution grave accidentelle;

(d) proposer aux Parties Contractantes intéressées toute autre mesure complémentaire qu'elle juge utile;

(e) étudier, à la demande des Parties Contractantes intéressées, l'opportunité et, éventuellement, les modalités du financement en commun des travaux de grande envergure dans le domaine de la lutte contre la pollution des eaux;

(f) proposer aux Parties Contractantes intéressées les enquêtes ainsi que les programmes et les objectifs de réduction de la pollution prévus à l'article 10, concernant les cours d'eau internationaux pour lesquels une dérogation a été faite conformément à l'article 4, par. 3.

2. Dans le respect des objectifs généraux définis aux art. 2, 3, 4 et 5, toute commission internationale proposera, si elle l'estime nécessaire, aux Parties Contractantes intéressées d'attribuer au cours d'eau international relevant de sa compétence ou à une ou plusieurs de ses sections la vocation à satisfaire une ou plusieurs des différentes utilisations possibles du cours d'eau. En fonction de cette vocation et conformément aux dispositions de l'art. 17, la commission élaborera des normes particulières de qualité des eaux ainsi que les modalités de leur application, et les proposera pour adoption aux Parties Contractantes intéressées.»

la pollution transfrontière. Avec le consentement des Etats concernés, elles pourraient aussi effectuer toutes recherches complémentaires requises sur l'origine et le degré de la pollution, examiner l'efficacité des mesures de prévention et de lutte contre la pollution qui auront été adoptées et publier des rapports sur leurs constatations.»

d) Détermination de normes d'environnement

L'inéluctable faiblesse de l'obligation de diligence que nous avons dégagée dans un chapitre précédent réside dans l'imprécision du comportement requis par les Etats obligés. L'existence de commissions internationales reste une demi-mesure tant que des critères plus précis n'auront pas été élaborés pour déterminer et mesurer, en quelque sorte scientifiquement, quels produits ne peuvent être rejetés dans les bassins hydrographiques où à partir de quel seuil quantitatif on dépasse la limite de ce qui est tolérable. La détermination de listes de produits interdits ou dont le rejet est réglementé quantitativement a l'avantage de substituer à une règle générale et imprécise de comportement, une obligation de résultat plus aisément identifiable. Cette méthode a aussi pour effet de modifier l'éclairage de la question: en précisant l'interdiction, l'aspect préventif prend le pas sur l'aspect responsabilité.

Comme le souligne le rapport précité du Comité de l'environnement au Conseil de l'O.C.D.E. sur le devoir et la responsabilité des Etats en matière de pollution transfrontière:

«§ 15. ... la fixation, d'un commun accord, d'objectifs de qualité de l'environnement et, si possible, de normes quantifiées d'environnement paraît devoir constituer un progrès substantiel en ce domaine. Ces normes quantifiées tendent en effet, de plus en plus, à être établies à partir de critères scientifiques. Par là même, elles définissent petit à petit pour les Etats, des standards de comportement qui échapperont progressivement à des appréciations trop largement subjectives, comme c'est encore souvent le cas en matière de responsabilité internationale publique[144].»

La pratique conventionnelle, dès l'origine, avait senti le besoin, à côté de notions telles que «eaux infectes ou nuisibles», «déchets nuisibles», «eaux usées», de parvenir à plus de précision. C'est ainsi que, dès le XIXe siècle, certaines conventions interdisaient l'emploi, en matière de pêche, de «flax», «hemp» – noix vomique – coque du Levant, de chaux, de phosphore, de noir de fumée et des matières explosibles comme la dynamite ou le fulmicoton. D'autres conventions interdisaient le rejet d'écorces ou des produits du rouissage ou du tannage, ou encore des acides, du mazout ou des déchets huileux.

Il semble que ce soit la Convention du 20 juin 1960, entre la Belgique et les Pays-Bas à propos du canal Gand–Terneuzen qui a introduit, pour la pre-

[144] C (76) 54 du 13 avril 1976.

mière fois, des normes qualitatives précises spécifiées à l'article 32 (la teneur en ions chlore ne pouvant, à un endroit déterminé, dépasser 3,5 g/litre) et à l'annexe III. Le Traité relatif à la liaison Escaut–Rhin du 13 mai 1963 entre les mêmes parties prévoit (art. 17) l'établissement d'un règlement détaillé à cet effet entre parties.

L'article 4 du Traité Finlande–U.R.S.S. du 24 avril 1964 prévoit à son tour que:

«le cas échéant, les Parties contractantes décideront d'un commun accord des normes de qualité auxquelles devront répondre ces eaux dans chaque cours d'eau frontière ou portion dudit cours d'eau ...[145]»

L'article 3 et l'annexe I de l'accord Belgique–France du 23 septembre 1966 sur la protection radiologique concernant les installations de la centrale nucléaire des Ardennes donnent des règles quantitatives scientifiques précises et spécifiques à respecter. Même technique dans l'accord Canada–U.S.A. du 15 avril 1972 sur la qualité de l'eau dans les grands lacs (art. II, III, IV et annexe I), l'accord du 30 août 1973 sur la salinité du fleuve Colorado entre les Etats-Unis et le Mexique, la Convention du 26 février 1974 sur la prévention de pollution marine d'origine tellurique (listes en annexe A), la Convention sur la protection du Rhin contre la pollution chimique (normes d'émission prévues aux articles 2 à 7 et dans diverses annexes), ainsi que la Convention sur la protection du Rhin par chlorides toutes deux du 3 décembre 1976[146].

Par ailleurs, certaines conventions s'attachent à réglementer l'usage de certains produits particuliers. Ainsi, l'Accord européen du 16 septembre 1968 sur la limitation de l'emploi de certains détergents dans les produits de lavage et de nettoyage, dispose que:

«Les Parties contractantes s'engagent à prendre des mesures aussi efficaces que le permettent les techniques disponibles, y compris au besoin par voie législative, afin que:

(a) sur leurs territoires respectifs, les produits de lavage ou de nettoyage contenant un ou plusieurs détergents synthétiques ne soient mis sur le marché qu'à condition que l'ensemble des détergents du produit considéré soit biodégradable à raison d'au moins 80% ...»

[145] Dans le même sens, art. 10, Pologne–U.R.S.S., 17 juillet 1964 et art. 8 de la Convention du 13 mars 1964, Pologne–R.D.A.

[146] On signalera aussi diverses directives du Conseil des Communautés européennes, ainsi, celle du 16 juin 1975 concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire dans les Etats membres (J.O.C.E., nº L. 194/26 du 25 juillet 1975) et celle du 4 mai 1976 concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté (J.O.C.E., nº L. 129/23 du 18 mai 1976).

ou encore la Convention du 23 juin 1971 entre les pays membres de la C.E.E., relative à la protection contre les dangers d'empoisonnement par le benzène (benzol).

Les commissions internationales ont souvent la compétence de proposer aux Etats des normes d'environnement[147].

L'Acte final de la conférence d'Helsinki prévoit aussi:

«l'harmonisation, lorsque cela est nécessaire et approprié, des critères et des normes de protection de l'environnement, particulièrement en vue d'éviter, dans le domaine du commerce, d'éventuelles difficultés pouvant résulter des efforts visant à résoudre les problèmes écologiques liés à des procédés de production et relatives à la nécessité de répondre, en ce qui concerne l'environnement, à certains impératifs de qualité des produits manufacturés.»

Mentionnons enfin le projet de Convention européenne pour la protection des cours d'eau internationaux contre la pollution qui établit des normes minima figurant en annexe I et interdit ou réglemente le déversement des substances dangereuses ou nuisibles énumérées à l'annexe II. L'annexe III prévoit les qualités limites des eaux des cours d'eau internationaux selon leur utilisation possible, en particulier dans le cas où les eaux sont destinées à la production d'eau en vue de la consommation humaine.

Les travaux de l'O.C.D.E. distinguent quatre types de normes d'environnement. Ces distinctions nous paraissent intéressantes à reproduire ici pour montrer les différents types d'introduction du quantitatif en la matière:

«Les *normes de qualité* de l'environnement fixent les niveaux maxima admissibles de pollution dans les milieux récepteurs, et recouvrent des zones géographiques déterminées.

Les *normes d'émissions* ont pour objet de spécifier la quantité de polluants (ou leur concentration dans les affluents) pouvant être rejetée par une source donnée, par unité de temps ou au cours d'un cycle d'opérations donné. Les normes d'émissions s'appliquant à des installations fixes (usines – foyers domestiques).

Les *normes de procédés* ont pour objet de définir, en fonction des objectifs de protection de l'environnement, un certain nombre de spécifications auxquelles doivent répondre les installations fixes.

Les *normes de produits* tendent à fixer, avec des marges de tolérance variables:

– les propriétés physiques ou chimiques d'un produit, notamment par référence à sa teneur en matières polluantes ou nocives;

– les règles concernant le conditionnement, l'emballage ou la présentation d'un produit, à des fins de protection des consommateurs et d'identification du produit;

[147] Ainsi l'I.J.C., la Commission germano-danoise, la Commission tripartite, la Commission germano-néerlandaise, les Commissions pour le lac de Constance, la Sarre, la Moselle, le lac Léman, le Rhin, le Tchad, la Commission austro-tchécoslovaque, bavaro-tchécoslovaque, italo-suisse et la Commission sur la prévention de la pollution marine d'origine tellurique.

– les limites aux émissions polluantes que ce produit est susceptible de produire au cours de son utilisation[148].»

Les membres de notre Commission ont été interrogés sur le point de savoir s'ils estimaient souhaitable que l'Institut *recommande* aux Etats certaines formes de coopération: consultations, traités, commissions internationales, en vue d'atteindre des objectifs tels que la détermination de normes de qualité, l'organisation à frais communs de travaux tendant à diminuer la pollution, l'harmonisation des politiques d'environnement, contrôle et gestion de la prévention des nuisances, etc.

La réponse est positive pour tous les membres de la Commission. Certains d'entre eux insistent au surplus sur l'importance de certains modes: consultations (M. *Colliard*), commissions (M. *Colliard* qui souligne que l'on devrait leur donner de larges pouvoirs, MM. *McWhinney* et *Sette-Câmara*), traités (MM. *McWhinney* et *Sette-Câmara*). Pour sa part, et surtout en réponse à la question 8, notre collègue *Zemanek* met l'accent sur les normes d'environnement:

"It would ... be advisable to state a minimum level below which pollution, although technically existent, would not legally be taken into account and would thus, not entail liability.

It is for this reason that I have suggested the term 'water grade' as a convenient means. Many national legislations describe already the *quality* of water by grades (A, B, etc.). Each grade is defined by an upper and a lower limit, permitting thus an alteration within these limits ... This solution presupposes, however, an internationally accepted definition of the quality of water, expressed in grades."

M. *Seidl-Hohenveldern* ajoute que l'on devrait ajouter une meilleure coordination des efforts entrepris en ce domaine par diverses organisations internationales et M. *Žourek* suggère que l'Institut recommande la création, «dans le cadre des Nations Unies, d'un organe de contrôle international, composé de membres élus *ad personam* par l'Assemblée générale des Nations Unies sur la proposition des organisations écologiques, nationales et internationales». Sans un tel organe, la lutte contre la pollution n'aura, de l'avis de notre confrère, que très peu d'efficacité.

La première suggestion, relative à la coordination des travaux des organisations internationales, paraît en effet opportune, mais il me semble que dans le cadre de la présente résolution, on pourrait se borner à réclamer une coordination des efforts dans chaque bassin hydrographique. Je suis, pour ma part, plus sceptique sur la seconde. Quand on voit que même dans un bassin

[148] O.C.D.E., «Les normes relatives à l'environnement: définition et besoins d'harmonisation internationale», ENV. (73) 33, 2e revision.

hydrographique restreint, entre Etats intimement unis par toutes sortes de liens, les Etats répugnent à donner de tels pouvoirs à leurs commissions internationales, on voit mal comment ils accepteraient d'attribuer un tel pouvoir d'investigation aux Nations Unies. J'estime que la Commission devrait se borner à réclamer un contrôle au niveau du bassin.

En conclusion des développements qui précèdent, je propose à la Commission un article sur la coopération internationale rédigé comme suit:

«*Article 6*

Dans l'exercice de leur devoir de coopération, les Etats faisant partie d'un même bassin hydrographique doivent, dans toute la mesure du possible, par la voie d'accords, recourir aux modalités suivantes de coopération:

a) informer régulièrement les autres Etats riverains sur toutes les données appropriées relatives à la pollution du bassin, ses causes, sa nature, les dommages qu'elle provoque et les modalités de prévention;

b) aviser à temps les Etats intéressés lorsqu'ils envisagent sur leur territoire des activités susceptibles de créer un risque de pollution transfrontière sensible pour le bassin;

c) se consulter sur les problèmes de pollution transfrontière du bassin, existants ou prévisibles, de manière à aboutir, par les modes de règlement de leur choix, à une solution conforme aux intérêts des Etats concernés et à la protection de l'environnement;

d) alerter les Etats susceptibles d'être affectés par un accroissement soudain du niveau de pollution transfrontière dans le bassin et prendre toutes les mesures appropriées pour réduire les effets d'un tel accroissement;

e) coordonner ou rendre communs leurs programmes de recherche scientifique et technique de lutte contre la pollution du bassin;

f) créer des commissions internationales, aux compétences les plus efficaces possibles, sur l'ensemble du bassin ou renforcer les pouvoirs ou la coordination des commissions existantes;

g) établir de commun accord des normes d'environnement auxquelles devront répondre chaque bassin ou des portions de celui-ci;

h) établir de manière harmonisée, coordonnée ou unifiée, des réseaux d'observation permanents, et de contrôle de la pollution;

Les pays développés devraient accorder une aide technique et financière appropriée aux pays en voie de développement pour faciliter à ceux-ci la prévention et la réduction de la pollution.»

e) Garanties pour les particuliers

La protection de l'environnement n'est pas simplement une affaire intéressant les Etats. Comme on l'a souligné plus haut, il existe une tendance grandissante d'établir en la matière un véritable droit de l'homme. Les mouvements écologistes prennent, dans de nombreux pays, une importance de plus en plus significative, y compris sur le plan électoral.

L'intérêt des particuliers à ne pas être victimes d'une pollution transfrontière peut faire l'objet de garanties, tant au stade de la prévention qu'à celui de la réparation.

La matière est extrêmement vaste et il est à peine question de l'effleurer. Nous renvoyons aux très fécondes études de l'O.C.D.E.[149] et à la doctrine[150].

1. Garanties au stade de la prévention

Les particuliers non résidents de l'Etat pollueur verront leurs droits particulièrement bien protégés s'ils obtiennent sur le territoire de cet Etat un droit d'accès aux procédures administratives existantes, lorsque leurs intérêts sont susceptibles d'être affectés par une pollution transfrontière et ceci sans discrimination par rapport aux nationaux.

Ce sont ces principes que le Conseil de l'O.C.D.E. a recommandés aux Etats membres, le 14 novembre 1974 (recommandation C (74) 224)[151], ainsi que le principe d'égalité d'accès:

«5. Les pays devraient tendre, dans toute la mesure du possible, vers l'établissement, s'il n'existe déjà, d'un régime d'égalité d'accès, selon lequel:

a) Lorsqu'un projet, une activité nouvelle ou un comportement est susceptible de créer un risque sensible de pollution transfrontière et fait l'objet d'un examen des autorités publiques, ceux qui sont susceptibles d'être affectés par cette pollution devraient être recevables à utiliser les mêmes procédures juridictionnelles ou administratives dans le pays d'où elle provient que ceux de ce pays; ...»

Les droits suivants se trouvent impliqués dans cet aspect du droit d'accès:

[149] Dans la préparation des travaux sur l'égalité d'accès et la non-discrimination, de nombreuses études ont été faites dans le cadre de l'O.C.D.E. Mentionnons les plus significatives: *Smets, H.*, The O.E.C.D. Approach to the Solution of Transfrontier Pollution Problems, Environmental Law, International and Comparative Aspects, British Institute of International and Comparative Law, London, Oceana Publications, New York, 1976, pp. 3–12, traduction française O.C.D.E., ENV/TFP/76.2; L'égalité d'accès en matière de pollution transfrontière, ENV (76) 2 du 10 février 1976; Rapport de synthèse sur l'égalité d'accès, ENV (76) 1 du 17 février 1976; note du Comité de l'environnement au Conseil de l'O.C.D.E. sur l'égalité d'accès en matière de pollution transfrontière, C (76) 55 du 22 avril 1976; note du Secrétaire général sur la mise en œuvre d'un régime d'égalité d'accès et de non-discrimination en matière de pollution transfrontière, C (77) 28 du 18 mars 1977. Certaines des études qui précèdent et quelques autres sont publiées dans le volume publié par l'O.C.D.E., Aspects juridiques de la pollution transfrontière, 525 p., O.C.D.E., Paris, 1978.

[150] Notamment *McCaffrey, S. C.*, Private Remedies for Transfrontier Pollution Injuries, Environmental Law précité, pp. 12–25, et du même auteur: Transboundary Pollution Injuries: Jurisdictional Considerations in Private Litigation between Canada and the United States, California Western International Law Journal, 1973, 991; *Ianni, R. W.*, International and Private Actions in Transboundary Pollution, A.C.D.I., 1973, pp. 258–270.

[151] Sur cette recommandation, voir l'étude précitée de notre confrère *Seidl-Hohenveldern.*

– le droit d'être informé des projets d'activités nouvelles ou comportements susceptibles de créer un risque sensible de pollution transfrontière;

– le droit de participer aux audiences et enquêtes préalables à la prise d'une décision et de formuler des objections;

– le droit aux recours administratifs ou juridictionnels pour prévenir une pollution transfrontière[152].

Le tout sans discrimination par rapport aux nationaux de cet Etat. C'est le principe de non-discrimination: également prévu par la recommandation C (74) 224 du Conseil de l'O.C.D.E.:

«4. Les pays devraient initialement fonder leur action sur le principe de non discrimination en vertu duquel:

(...)

d) les personnes affectées par la pollution transfrontière ne devraient pas recevoir un traitement moins favorable que celui qui est réservé aux personnes affectées par une pollution semblable dans le pays d'où provient la pollution transfrontière[153].»

L'idée d'assurer une égalité de traitement entre les personnes situées dans l'Etat pollueur et dans l'Etat pollué avait déjà été consacrée par un traité du 26 octobre 1905 entre la Norvège et la Suède, dont l'article 1 disposait:

«S'il est question, sur le territoire de l'un des deux Etats, d'endiguer un lac, d'en abaisser le niveau ou d'en dériver les eaux, d'établir des constructions dans un cours d'eau, d'en dériver les eaux ou de prendre d'autres mesures en vue d'en modifier la profondeur, le lit ou la direction, c'est la législation de cet Etat qui sera appliquée en ce qui concerne le droit d'entreprendre les travaux, quand même ceux-ci pourraient influencer les eaux situées dans l'autre Etat. Les ressortissants de ce dernier Etat auront, pour faire valoir leurs droits, les mêmes facilités dont jouissent, dans des circonstances analogues, les ressortissants de l'Etat où seraient entrepris les travaux, et ils jouiront également des mêmes droits que ceux-ci pour tout ce qui concerne les conditions auxquelles est soumise l'exécution desdits travaux.»

Mais c'est la Convention sur la protection de l'environnement entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède du 19 février 1974[154] qui re-

[152] Voyez «Rapport de synthèse sur l'égalité d'accès» précité, p. 66.

[153] Les autres aspects du principe de non-discrimination tel qu'il est conçu par l'O.C.D.E., concernent le traitement, de manière aussi sévère, du pollueur de la zone frontière que de celui de l'intérieur (4a., b. et c.). Il s'agit, en quelque sorte, de prendre en considération de manière équivalente les dommages écologiques nationaux et étrangers. *V. Dupuy, P. M.*, Sur les tendances récentes dans le droit international de l'environnement, A.F.D.I., 1974, 816–829. De même effet, l'article 2 de la Convention scandinave sur l'environnement dont il est question à la note suivante.

[154] Voyez traduction française dans O.E.C.D., AEU/TFP/ENV/74.6 et commentaire dans AEU/TFP/ENV/75.2 et *Kiss, A. Ch.*, La Convention nordique sur l'environnement

présente l'application la plus accomplie des principes du droit d'accès et de non-discrimination.

«*Article 3*, premier alinéa

Quiconque est ou peut être victime de dommages du fait des nuisances découlant d'une activité nuisible à l'environnement pratiquée dans un autre Etat contractant, a le droit d'engager une procédure devant la juridiction ou l'organe administratif approprié dans ce pays, concernant la licéité de cette activité, en demandant notamment que des dispositions soient prises pour éviter que les dommages se produisent et de faire appel de la décision prise par la juridiction ou l'organe administratif dans la même mesure et dans les mêmes conditions qu'une personne juridique de l'Etat où cette activité est exercée.»

2. Garanties au stade de la réparation

Si l'on exclut l'action fondée sur la protection diplomatique, le seul recours du particulier victime d'une pollution transfrontière est l'action menée devant les juridictions, soit de l'Etat du territoire duquel la pollution tire son origine, soit de l'Etat sur le territoire duquel la pollution exerce ses effets.

Ici encore, le droit d'accès sans discrimination aux juridictions de l'Etat du territoire duquel la pollution tire son origine est une intéressante revendication de l'O.C.D.E. Le principe d'égalité d'accès de la recommandation précitée du 14 novembre 1974 porte ce qui suit:

«5. b) Lorsque la pollution transfrontière donne lieu à des dommages dans un pays, ceux qui sont affectés par cette pollution devraient être recevables à utiliser les mêmes procédures juridictionnelles ou administratives dans le pays d'où provient cette pollution que ceux de ce pays, et devraient jouir, en matière de procédure, de droits équivalents à ceux dont jouissent ceux de ce pays[155].»

L'article 3, alinéa 2 de la Convention nordique applique aussi les principes d'égalité d'accès et de non-discrimination à l'action en indemnisation:

«L'alinéa ci-dessus s'applique *pari passu* aux actions en indemnisation du dommage causé par une activité nuisible à l'environnement. Cette demande d'indemnisation ne peut être jugée selon des règles moins favorables pour la partie lésée que celles dont il est fait application en cette matière dans l'Etat où s'exerce l'activité en question.»

Cette solution suppose réunies de nombreuses conditions, notamment que les juridictions soient compétentes à cet effet, ce qui est question d'espèce[156], et que le principe de territorialité de la loi n'interdise pas à des étrangers

A.F.D.I., 1974, p. 810. Outre la Convention du 26 octobre 1905 précitée, on trouve des précédents dans les conventions Norvège–Suède du 11 mai 1929 et Finlande–Suède du 16 septembre 1971.

[155] Voyez encore la recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. pour la mise en œuvre d'un régime d'égalité d'accès et de non-discrimination en matière de pollution transfrontière du 17 mai 1977, doc. C (77) 28 (Final).

[156] Pour des exemples de juridictions qui se sont déclarées compétentes aux Etats-

non résidents d'invoquer les dispositions du droit interne de l'Etat pollueur[157], l'absence de *cautio judicatum solvi*[158] et la solution de délicats problèmes de conflits de lois en cas de quasi-délits[159].

A défaut de cette solution, il reste à la victime de tenter une action devant les juridictions du territoire dans lequel le dommage a eu lieu.

On peut citer quelques exemples pratiques où une telle action a été intentée.

Ainsi l'affaire *Poro c. Houillères du Bassin de Lorraine*[160] dans laquelle une personne privée allemande a attrait devant les tribunaux allemands de Saarbrücken la Société française Houillères du Bassin de Lorraine en réparation des dommages causés à ses plantations horticoles sises en R.F.A. par des émanations polluantes provoquées par la combustion d'un charbon médiocre par ladite société. Elle obtint réparation.

Ou encore l'affaire *Ministère public et diverses sociétés de pêche parties civiles c. Beausir*, où il s'agissait d'actions civiles jointes à une action pénale. Beausir, directeur de l'usine «Cellulose des Ardennes», sise en Belgique, était prévenu d'avoir laissé rejeter, le 3 septembre 1974, dans le Ton, des eaux industrielles ayant entraîné en France, dans la rivière la Chiers dans laquelle se jette le Ton, la mortalité de poissons. Beausir soutint l'incompétence des tribunaux français, la loi pénale ayant un caractère territorial et le déversement étant intervenu en Belgique à 42 km de la Chiers. Le tribunal correctionnel de Charleville-Mézières, le 16 septembre 1975, se déclara compétent. La Cour d'appel, le 9 décembre 1976, confirma ce jugement, estimant ce qui suit:

«Attendu que si l'on se reporte à l'article 434-1 du code rural en vertu duquel les poursuites sont exercées, on constate que le fait d'avoir laissé écouler dans les cours d'eau, directement ou indirectement, des substances nuisibles, et le fait d'avoir détruit le poisson, nui à sa nutrition, à sa reproduction ou à sa valeur alimentaire, sont l'un et l'autre des actes matériels d'exécution du délit.

Que dès lors que le second de ces faits se situait en France et plus précisément dans

Unis, v. *Ianni*, op. cit., pp. 267–269 et aussi C. cass. civ., 21 mai 1954, *Houillères du Bassin de Lorraine c. Thedrel et autres*, A.F.D.I., 1955, p. 56.

[157] Voyez encore un intéressant rapport de l'O.C.D.E.: La «territorialité» des lois de droit public dans ses rapports avec les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès reconnus en matière de pollution transfrontière, ENV/TFP/76/7 du 1er mars 1976.

[158] *Dupuy, P. M.*, op. cit., A.F.D.I., 1974, p. 823.

[159] *Kiss, A. Ch.*, op. cit., A.F.D.I., 1974, p. 810.

[160] Oberlandesgericht von Saarbrücken, 22 octobre 1957, Neue Juristische Wochenschrift, vol. 11 (1958), p. 752.

le département des Ardennes, les premiers juges se sont valablement déclarés compétents pour statuer sur les poursuites engagées de ce chef ...[161]»

Mentionnons encore l'affaire *S.A. Bier et Fondation Reinwater c. S.A. Mines de Potasse d'Alsace*, question préjudicielle posée à la Cour de Justice des Communautés européennes. La pépinière Bier, établie aux Pays-Bas, utilise pour l'irrigation de ses plantations un plan d'eau alimenté par le Rhin. La forte salinité des eaux cause des dommages aux plantations de Bier qui, appuyé par la fondation Reinwater qui a pour objet de promouvoir toute amélioration possible de la qualité de l'eau dans le bassin du Rhin, y compris par des actions en justice, a assigné devant le tribunal d'instance de Rotterdam, la S.A. Mines de potasse d'Alsace dont le siège est à Mulhouse et qui déverse dans le Rhin 10000 tonnes de chlorure par 24 heures qui augmentent gravement la teneur en sel du Rhin.

La S.A. Mines de Potasse, sous réserve des moyens de défense au principal, a objecté que les juridictions néerlandaises n'étaient pas compétentes en vertu des articles 2 et 3 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attraites, quelle que soit leur nationalité devant la juridiction de cet Etat – les non-nationaux sont soumis aux règles de compétence applicables aux nationaux).

Le tribunal d'instance de Rotterdam s'étant déclaré incompétent, Bier et Reinwater ont interjeté appel de ce jugement en invoquant l'article 5, § 3 de la Convention de Bruxelles qui prévoit que «le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait, dans un autre Etat contractant, ... 3° en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, devant le tribunal du lieu «*où le fait dommageable s'est produit*».

La Cour d'appel de La Haye saisie de l'affaire, a demandé, par voie préjudicielle, à la Cour de Justice des Communautés européennes, de déterminer si cette notion visait *le lieu où le fait du dommage s'est produit* (position des Pays-Bas) ou plutôt *le lieu où a été commis le fait qui a eu le dommage pour conséquence* (position de la France).

Dans son arrêt 21/76 du 30 novembre 1976, la Cour a décidé ce qui suit:

«14. que la formule ‹lieu où le fait dommageable s'est produit›, envisagée dans l'ensemble des versions linguistiques de la Convention, laisse ouverte la question de savoir s'il faut, dans la situation décrite, pour déterminer la compétence judiciaire, choisir comme

[161] Inédit. La Cour de cassation, le 15 novembre 1977, a rejeté le pourvoi de Beausir, R.G.D.I.P. 1978, p. 1171.

point de rattachement soit le lieu de l'événement causal, soit le lieu où le dommage est survenu, ou reconnaître au demandeur une option entre l'un et l'autre de ces deux points de rattachement; (...)

19. que la signification de l'expression ‹lieu où le fait dommageable s'est produit›, dans l'article 5, 3°, doit donc être déterminée de manière à reconnaître au demandeur une option à l'effet d'introduire son action soit au lieu où le dommage a été matérialisé, soit au lieu de l'événement causal; (...)

24. qu'il convient donc de répondre que, dans le cas où le lieu où se situe le fait susceptible d'entraîner une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle et le lieu où ce fait a entraîné un dommage ne sont pas identiques, l'expression ‹lieu où le fait dommageable s'est produit›, dans l'article 5, 3° de la Convention, doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal;

25. qu'il en résulte que le défendeur peut être attrait, au choix du demandeur, devant le tribunal, soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'événement causal qui est à l'origine de ce dommage; ...[162]»

Ces quelques décisions illustrent quelques difficultés qui peuvent se poser lorsque l'on saisit les juridictions de l'Etat où le dommage s'est produit et, par conséquent, l'intérêt que présentent, dans ce domaine, les recommandations du Conseil de l'O.C.D.E.

Les modalités d'action en justice qui précèdent supposent que l'on puisse établir avec sûreté l'origine de la pollution. Ce n'est pas toujours le cas. Notre confrère, le professeur *Rousseau*, dans une de ses précieuses chroniques, rapporte par exemple que l'origine d'un empoisonnement de poissons survenu en 1969 dans le Rhin par un insecticide Endosulvan est restée obscure[163]. Ce type de situation invite à réfléchir à d'autres régimes appropriés d'indemnisation. Notamment un fonds d'indemnisation des dommages écologiques, alimenté par les principales entreprises polluantes, proposé par l'O.C.D.E.[164].

Votre rapporteur a posé aux membres de notre Commission la question suivante:

«En cas de contestation entre l'Etat qui est à l'origine de la pollution et un particulier étranger, jugez-vous opportun que l'Institut recommande l'adoption plus généralisée par les Etats des principes de non-discrimination et d'égalité d'accès?»

La grande majorité de la Commission a répondu positivement à cette question. Ainsi MM. *Colliard*, *Jennings* qui ne voit cependant à l'aspect quasi-délictuel de la question qu'un intérêt secondaire, *McDougal*, *McWhinney*, *Rousseau*, *Seidl-Hohenveldern*, *Ziccardi* et *Žourek* qui verrait mieux la

[162] Recueil de la Jurisprudence de la Cour, 1976, pp. 1746 et ss.

[163] R.G.D.I.P., 1970, 439. Voir cependant *infra* note 165.

[164] Voyez O.C.D.E., ENV (76) 3, p. 19.

place de cette question dans le préambule. M. *Verzijl*, sans être opposé au principe, adopte une position réservée sur l'opportunité d'aborder cette question dans la résolution.

Deux membres de la Commission adoptent une position franchement négative. M. *Sette-Câmara* estime que le principe de non-discrimination ainsi conçu n'a qu'une base limitée dans la pratique internationale et que les législations nationales dans ce domaine sont rares et variées. Il exprime des craintes sur l'application du principe: "it could occur that *a contrario sensu*, it could end up as a protection of future polluters who could invoke the benefits of perfunctory local legislation against more severe provisions elsewhere". Sa position est similaire à propos du principe d'égalité d'accès.

M. *Zemanek*, de même, qui estime que cette question sort du cadre strictement interétatique du projet de résolution.

Tout en appréciant les remarques de MM. *Sette-Câmara* et *Zemanek*, j'ai le sentiment, comme la majorité de la Commission, qu'il y a là un domaine où l'Institut pourrait faire une prudente proposition qui consisterait à ajouter à sa liste de recommandations, dans le cadre de la coopération (projet d'article 6) l'alinéa suivant:

«i) développer les garanties pour les particuliers victimes d'activités polluantes tant au stade de la prévention qu'à celui de la réparation par l'élargissement, de manière non discriminatoire, de l'accès aux procédures juridictionnelles et administratives des Etats d'où ces activités sont originaires et par la mise au point de fonds d'indemnisation pour les dommages écologiques dont l'origine ne peut être clairement définie ou d'une ampleur dépassant les moyens de solvabilité des responsables.»

f) Le principe pollueur–payeur

Dans notre exposé préliminaire, nous avions mentionné l'importance donnée au principe «pollueur-payeur» dans les travaux de l'O.C.D.E. et de la C.E.E. Nous avions reproduit un extrait pertinent de la recommandation C (72) 128 du Conseil de l'O.C.D.E. du 26 mai 1972. Nous avions émis des doutes sur son exportation en dehors de ce groupe d'Etats, vu sa liaison étroite avec le régime économique des pays membres de ces organisations.

Plusieurs membres de la Commission me paraissent avancer des raisons supplémentaires pour que notre Commission s'abstienne de mentionner le principe. Ainsi, M. *Colliard* estime qu'il convient d'écarter, avec le plus grand soin, toute référence à ce principe qui est un principe de caractère économique et non juridique:

«Invoquer ce principe serait ruiner toute la construction juridique envisagée. Il s'agirait, en effet, d'acheter le droit de polluer.»

On pourrait ajouter surtout qu'à défaut de cette conséquence, ce principe aboutit à faire payer au consommateur les coûts de la prévention de la pollution. M. *Jennings* estime que ce principe ne fait que reculer le problème. M. *Seidl-Hohenveldern* rappelle aussi que l'O.C.D.E. conçoit le principe pollueur–payeur non comme une règle de responsabilité juridique, mais comme un principe de politique économique:

«Serions-nous qualifiés en tant que juristes d'en discuter les implications? Il me paraît, par exemple, que l'octroi de subventions étatiques puisse, en certains cas, offrir une meilleure protection de l'environnement que la tentative d'assurer cette protection par les mécanismes d'une économie de marché, donc par l'augmentation des prix finaux du produit dont la production est polluante. Une telle discussion devrait tenir compte également de la préoccupation de beaucoup de gouvernements de lutter contre le chômage et contre la crise d'énergie. En outre, le principe pollueur–payeur ne peut pas apporter une solution aux problèmes des pollutions dans les pays en voie de développement.»

M. *Sette-Câmara* estime que la mention de ce principe pourrait conduire à l'impression fausse que le mode de réparation est limité à la réparation pécuniaire. M. *Zemanek*, dans la même ligne, estime qu'il faut laisser à chaque Etat le soin de décider de quelle manière il distribue les coûts de prévention de pollution entre ses nationaux.

Cet ensemble de raisons pour exclure ce principe de notre projet paraît à votre rapporteur entièrement convaincant. Le principe «pollueur–payeur», tel qu'il est entendu par l'O.C.D.E. et la C.E.E., est un principe de politique économique relatif à la distribution des coûts économiques des mesures antipollution; ce n'est pas le principe juridique selon lequel le responsable d'un acte illicite doit payer et l'Etat bénéficie éventuellement d'une action récursoire contre le particulier responsable originaire de l'activité polluante. Ce dernier principe – juridique lui – est tellement évident qu'il n'a pas non plus sa place dans notre résolution.

IV. Données succinctes relatives à la pratique étatique

Au panorama théorique que nous avons esquissé jusqu'ici, nous souhaitons ajouter très brièvement les tendances de la pratique telles qu'elles peuvent être constatées de l'examen de situations concrètes relatives à la pollution de certains fleuves ou lacs internationaux.

On constate ainsi les phénomènes suivants:

a) Il est fréquent que l'Etat pollué invoque le respect du droit international pour exiger la cessation du trouble dont il est l'objet. Ainsi le Mexique à l'égard des Etats-Unis à propos du Rio Colorado, la Belgique à l'égard de la

France à propos de l'Espierre, la France à l'égard de la Suisse à propos d'une menace de pollution par les installations industrielles d'Aigle-Colombey, etc.

b) L'Etat pollué va rarement jusqu'à proposer à l'Etat pollueur de porter le litige devant une juridiction internationale.

L'intention exprimée par la Belgique dans l'entre-deux-guerres de porter l'affaire de la pollution de l'Espierre devant la C.P.J.I. ne s'est pas concrétisée.

c) La résolution du litige par une compensation de nature financière (en termes de responsabilité internationale) est rare. Exemples: en 1951, la France a obtenu de la Suisse une indemnisation de 20000 F.F. pour les dommages causés à des sociétés françaises de pêche par des boues putrides provenant du nettoyage de barrages suisses (*Rousseau*, R.G.D.I.P., 1965, 1145); en 1960, l'Autriche a fourni à la Yougoslavie réparation en espèces et en nature pour une pollution accidentelle de la Mur (Doc. O.C.D.E.: AEU/TFP/ENV/74.9).

d) Il arrive fréquemment que les responsabilités soient partagées et que la pollution transfrontière trouve son origine dans les divers Etats riverains.

Ainsi pour le lac de Constance, les lacs italo-suisses, les fleuves et lacs frontières entre les Etats-Unis et le Canada, le bassin de la Meuse, le Rhin, etc.

e) Si l'Etat pollueur esquive habituellement le terrain de la mise en cause de sa responsabilité et la voie de l'indemnisation, il ne se montre pas sourd à la requête de prise de mesures pour diminuer le trouble ou le ramener à une mesure raisonnable.

– De toutes parts, les mesures de prévention et de redressement que sont les stations d'épuration se généralisent, quoique, dans certaines circonstances, cette mesure minimale se voit subordonnée à un pragmatique donnant donnant (ainsi la France subordonne la création et l'extension des mesures d'épuration de l'Espierre à une limitation par la Belgique de ses prélèvements d'eau dans la nappe carbonifère).

– Par de grands travaux: création de canaux de dérivation, ainsi les Etats-Unis à l'égard du Mexique dans l'affaire de la salinité du Rio Colorado, enfouissement du sel des mines de potasse d'Alsace précédemment rejeté dans le Rhin, les frais étant payés à concurrence de 30% par la France, 30% par la R.F.A., 34% par les Pays-Bas et 6% par la Suisse (accord du 3 décembre 1976).

f) La création de commissions internationales, l'établissement en commun de normes de qualité apparaissent de plus en plus fréquemment comme la voie habituellement suivie. Ainsi les Etats-Unis et le Mexique à propos de la salinité des eaux du Rio Colorado, les Etats riverains du lac de Constance,

les Etats-Unis et le Canada à propos des grands lacs et divers autres tronçons de leurs 3800 km de frontières, la France et la Suisse pour le bassin lémanique, la France, le Grand-Duché de Luxembourg et la R.F.A. pour la Moselle, les Etats riverains du Rhin, etc.

g) La pression des gouvernements sur d'importants pollueurs privés clairement localisés, peut se montrer efficace: ainsi relevons les pressions de la France sur l'usine Kuhlman riveraine de l'Espierre, de la Belgique à l'égard de l'usine de pâte à papier de la cellulose des Ardennes (sur la Chiers), de la Commission conjointe des frontières Etats-Unis–Canada sur des usines de pâte à papier sur la rivière Ste-Croix, la rivière de la Pluie et le lac des Bois, de la France sur les mines de potasse d'Alsace (Rhin) et sur les entreprises de lavage de charbon de la Moselle, des Etats-Unis sur la Payton Packing Co et la Casuco Co responsables de la pollution du Rio Grande, etc.

h) Certains cas de pollution accidentelle ne donnent lieu à aucune réparation, faute de trouver un responsable, ainsi l'affaire de la pollution du Rhin en juin 1969 sur 600 km par un poison violent (l'endosulvan)[165].

i) La pratique fait parfois état de répression pénale d'actes de pollution volontaire. Ainsi, par exemple, la décision du tribunal de Clèves, le 7 décembre 1970, dans l'affaire de la Hamburger Lloyd (chronique *Rousseau*, R.G.D.I.P., 1971, p. 1086) et du tribunal correctionnel de Strasbourg, le 16 juin 1971, dans l'affaire de la cellulose de Strasbourg (chronique *Rousseau*, R.G.D.I.P., 1972, p. 880).

En conclusion de son rapport, votre rapporteur vous propose le projet de résolution suivant:

[165] Postérieurement à la rédaction de ce texte, le rapporteur a été informé que l'origine de cette pollution était connue: il s'agissait de Hoechst.

Projet de résolution

L'Institut de Droit international,

Considérant que la protection et l'amélioration de l'environnement sont des revendications fondamentales des hommes et des peuples ainsi que des devoirs qui s'imposent aux gouvernements;

Considérant que la pollution transfrontière qui frappe les bassins hydrographiques qui s'étendent sur le territoire de plus d'un Etat prend des proportions de plus en plus alarmantes et diversifiées;

Rappelant ses résolutions de Madrid (1911) et de Salzbourg (1961);

Conscient des multiples vocations que peuvent présenter les bassins hydrographiques internationaux et de l'existence d'un intérêt commun à l'utilisation rationnelle et équitable de telles ressources en recherchant un équilibre raisonnable des intérêts en présence;

Soulignant l'applicabilité à la matière du principe d'égalité souveraine des Etats, des règles régissant les rapports de voisinage, et du principe selon lequel il est interdit aux Etats d'utiliser leur territoire de manière à causer un préjudice illégitime à autrui;

Constate l'existence en droit international des règles suivantes et formule les recommandations ci-après:

Article 1

Dans le cadre de leur droit souverain d'exploiter leurs ressources selon la politique d'environnement qu'ils déterminent et sans préjudice de leurs obligations conventionnelles, les Etats ont le devoir de veiller avec une diligence raisonnable à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ne causent pas de pollution [dommageable] [sensible] à l'environ-

nement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

Article 2

Afin de préserver dans la plus large mesure possible la qualité des eaux des bassins hydrographiques en fonction de leurs vocations diverses, l'exercice d'une diligence raisonnable comporte l'obligation de prendre, chaque fois que la pollution dépasse un niveau tolérable, toutes les mesures de vigilance requises pour:

a) prévenir de nouvelles formes de pollution ou l'augmentation du degré de pollution existant;

b) réduire, dans les meilleurs délais, la pollution existante au niveau tolérable.

Article 3

Les mesures de vigilance requises exigent notamment:

a) sur le plan interne: l'élaboration d'une législation et d'une réglementation appropriées, ainsi que l'adoption de mesures administratives et juridictionnelles efficaces et suffisantes pour en assurer le respect;

b) sur le plan international: l'exercice d'une collaboration, de bonne foi, avec les autres Etats intéressés par le bassin hydrographique.

La vigilance doit être adaptée aux circonstances et, en particulier, à l'état de développement des Etats en cause. Elle doit toujours demeurer stricte dans les cas d'activités comportant des risques exceptionnels ou un danger pour des zones ou milieux particulièrement menacés.

Article 4

Conformément aux principes généraux du droit international, les activités exercées par les Etats dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle qui contreviennent aux obligations qui précèdent et causent un préjudice [sensible] dans les régions situées au-delà des limites de leur juridiction, entraînent leur responsabilité internationale.

Article 5

Afin d'assurer un système efficace de prévention et de réparation pour les victimes de la pollution transfrontière, les Etats devraient instaurer des régimes conventionnels particuliers comportant une responsabilité objective des pollueurs en cas de dommage survenant à la suite d'activités comportant un risque exceptionnel.

Article 6

Dans l'exercice de leur devoir de coopération, les Etats faisant partie d'un même bassin hydrographique doivent, dans toute la mesure du possible, par la voie d'accords, recourir aux modalités suivantes de coopération:

a) informer régulièrement les autres Etats riverains sur toutes les données appropriées relatives à la pollution du bassin, ses causes, sa nature, les dommages qu'elle provoque et les modalités de prévention;

b) aviser à temps les Etats intéressés lorsqu'ils envisagent, sur leur territoire, des activités susceptibles de créer un risque de pollution transfrontière sensible pour le bassin;

c) se consulter sur les problèmes de pollution transfrontière du bassin existants ou prévisibles, de manière à aboutir par les modes de règlement de leur choix, à une solution conforme aux intérêts des Etats concernés et de la protection de l'environnement;

d) alerter les Etats susceptibles d'être affectés par un accroissement soudain du niveau de pollution transfrontière dans le bassin et prendre toutes les mesures appropriées pour réduire les effets d'un tel accroissement;

e) coordonner ou rendre communs leurs programmes de recherche scientifique et technique de lutte contre la pollution du bassin;

f) créer des commissions internationales, aux compétences les plus efficaces possibles, sur l'ensemble du bassin ou renforcer les pouvoirs ou la coordination des institutions existantes;

g) établir de commun accord des normes d'environnement auxquelles devront répondre chaque bassin ou des portions de celui-ci;

h) établir de manière harmonisée, coordonnée ou unifiée, des réseaux d'observation permanents et de contrôle de la pollution;

i) développer les garanties pour les particuliers victimes d'activités polluantes, tant au stade de la prévention qu'à celui de la réparation par l'élargissement, de manière non discriminatoire, de l'accès aux procédures juridictionnelles et administratives des Etats d'où les activités sont originaires et par la mise au point de fonds d'indemnisation pour les dommages écologiques dont l'origine ne peut être clairement définie ou d'une ampleur dépassant les moyens de solvabilité des responsables.

Les pays développés devraient accorder une aide technique et financière appropriée aux pays en voie de développement pour faciliter à ceux-ci la prévention et la réduction de la pollution.

Article 7

L'usage dans la présente résolution du mot «pollution» s'entend de toute

modification physique, chimique ou biologique de la composition ou de l'état des eaux résultant directement ou indirectement d'une action de l'homme et qui a pour conséquence de porter atteinte aux utilisations que ces eaux ont vocation de satisfaire.

Bruxelles, 1er septembre 1978.

Annexe I

La pollution des fleuves et des lacs et le droit international (Quinzième Commission)

Exposé préliminaire

Jean J. A. Salmon

C'est à la session d'Edimbourg, en 1969, que, sur une proposition de notre confrère M. Jaroslav *Žourek*, la Commission des travaux décida de créer une Commission ayant pour objet la pollution des fleuves et des lacs et le droit international. Il confia à notre confrère M. *Clive Parry* la charge de rapporteur et, M. *C. Parry* ayant ultérieurement demandé d'en être déchargé, attribua en 1975 cette mission au soussigné. A ce jour, la Quinzième Commission est composée de la manière suivante: M. Jean Salmon, *rapporteur*, MM. Andrassy, Jennings, McDougal, McWhinney, Parry, Rousseau, Valladão, Verzijl, Zemanek et Žourek, *membres*.

La Commission estimera sans doute que la première tâche qui lui incombe est de délimiter clairement sa mission et l'ampleur de ses travaux, compte tenu de l'intitulé fixé par la Commission des travaux, des exigences de la matière et de la fixation par le Bureau du rapport de notre Commission à la session de 1979 de l'Institut.

L'intitulé de notre Commission est donc «La pollution des fleuves et des lacs et le droit international».

Nous examinerons tout d'abord la signification des divers éléments de cet intitulé. Que signifie le mot «pollution»? Que faut-il entendre dans ce contexte par fleuves et lacs? Et, enfin, dans quelle mesure le droit international informe-t-il la matière?

Section I: Pollution

Le mot «*pollution*» en relation avec les fleuves et les lacs, a fait l'objet de diverses définitions. Ainsi, par la Commission économique pour l'Euro-

pe[1], l'International Law Association dans les Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers[2], le Conseil de l'Europe dans le projet de Convention européenne pour la protection des cours d'eaux internationaux contre la pollution[3], l'O.C.D.E. dans la Recommandation du Conseil relative à la pollution transfrontière[4] et les Communautés européennes dans la directive du Conseil concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté[5].

[1] Voyez document E/ECE/311, § 4, reproduit notamment dans O.N.U., Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux», A/5409 du 15 avril 1963, Annexe II, p. 26.

«Un cours d'eau est considéré comme étant pollué lorsque la composition ou l'état de ses eaux sont, directement ou indirectement, modifiés du fait de l'activité de l'homme dans une mesure telle que celles-ci se prêtent moins facilement à toutes les utilisations auxquelles elles pourraient servir à leur état naturel, ou à certaines d'entre elles» (document E/ECE/311). La même définition est reprise par un rapport d'un groupe d'experts de l'O.M.S., cité par A/CN.4/274 (vol. II), p. 257.

[2] Article IX: "As used in this chapter, the term 'water pollution' refers to any detrimental change resulting from human conduct in the natural composition, content, or quality of the waters of an international drainage basin". (I.L.A., Report of the fifty second conference, Helsinki, 1966, p. 494).

La même définition se retrouve dans le projet de propositions sur le droit des fleuves internationaux élaboré en 1973 par un sous-comité du Comité juridique consultatif africano-asiatique (A/CN.4/274 [vol. II], p. 263).

[3] Projet du 13 mars 1974, doc. 3417, art. 1.

Aux fins de la présente Convention, on entend par:

«d) ‹pollution des eaux›, toute altération de leur composition ou de leur état résultant directement ou indirectement du fait de l'homme, préjudiciable notamment:

– aux utilisations relatives à l'alimentation de l'homme et des animaux;

– aux usages industriels et agricoles;

– à la conservation de l'environnement naturel, notamment de la flore et de la faune aquatiques.»

[4] Recommandation du 14 novembre 1974, Annexe titre A, troisième alinéa:

«Aux fins de ces principes, on entend par pollution, l'introduction par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie dans l'environnement, qui entraîne des conséquences préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux systèmes écologiques, à porter atteinte aux agréments ou à gêner les autres utilisations légitimes de l'environnement.»

[5] Directive du 4 mai 1976. Article 1er:

«2. Au sens de la présente directive, on entend par: ...

e) «pollution»: le rejet de substances ou d'énergie effectué par l'homme dans le milieu aquatique, directement ou indirectement, et ayant des conséquences de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources vivantes et au système écologique aquatique, à porter atteinte aux agréments ou à gêner d'autres utilisations légitimes des eaux.» (J.O.C.E., 18 mai 1976, n° L.129/23.)

Des définitions du mot pollution se rencontrent aussi dans des conventions bilatérales ou multilatérales. Mentionnons, par exemple, l'Accord soviéto-finlandais du 24 avril 1964 relatif aux eaux frontières[6] ou celui entre la Pologne et l'U.R.S.S. du 17 juillet 1964[7], le Traité relatif au Rio de la Plata entre l'Uruguay et l'Argentine du 19 novembre 1973[8], ou la Convention sur la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique du 16 février 1976[9], etc.

En dépit de leur diversité, ces définitions présentent des traits communs:

1° l'idée de changement, d'altération, de modification physique, chimique ou biologique (implicite dans la notion d'introduction de substances ou d'énergie);

2° de la composition ou de l'état des eaux;

3° résultant directement ou indirectement d'une action de l'homme – ce qui exclut les situations naturelles –;

4° et qui a pour conséquence de porter atteinte aux utilisations que les eaux ont vocation de satisfaire.

[6] R.T.N.U., vol. 537, p. 253; A/CN.4/274 (vol. I):

Art. 4: «Les Parties prendront des mesures pour éviter que les eaux frontières ne soient polluées par les eaux industrielles ou ménagères non épurées, par les déchets provenant du bois flotté ou des bateaux, ou par d'autres matières de nature à provoquer immédiatement ou à la longue l'envasement des cours d'eau ou une détérioration de la composition de l'eau, à menacer les ressources halieutiques, à déparer considérablement le paysage, à nuire à l'hygiène publique ou à entraîner d'autres conséquences analogues néfastes pour la population et l'économie.»

[7] R.T.N.U., vol. 552, p. 189:

Art. 4, alinéa 2: «La protection des eaux contre la pollution désigne l'interdiction de déverser dans les eaux, directement ou indirectement, des substances et des corps solides, liquides ou gazeux en quantités telles qu'elles peuvent apporter des modifications physiques, chimiques ou biologiques qui limitent ou excluent l'utilisation normale de ces eaux à des fins publiques, industrielles, agricoles, halieutiques et autres.»

[8] I.L.M., 1974, p. 254:

Art. 47: "The direct or indirect introduction by men into the aquatic environment, of matter or energy which may cause noxious effects.»

[9] I.L.M., 1976, p. 290:

Art. 2: "For the purposes of this Convention:

a) 'pollution' means the introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment resulting in such deleterious effects as harm to living resources, hazards to human health, hindrance to marine activities including fishing, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities."

On trouve une définition analogue à l'art. 1 de la Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique du 21 février 1974. Voyez encore l'art. 1 de la Convention nordique sur la protection de l'environnement du 19 février 1974.

Ce dernier élément montre que la pollution n'a aucun caractère absolu; c'est, au contraire, une notion toute *relative* qui dépend des utilisations que les eaux ont vocation de satisfaire[10].

Ces vocations peuvent comprendre notamment une ou plusieurs des utilisations suivantes:

– alimentation en eau potable de l'homme;

– consommation par les animaux domestiques ou sauvages;

– consommation sanitaire domestique ou publique;

– usages agricoles: irrigation ou dessalement des terres;

– usages industriels: consommation; refroidissement des usines ou centrales thermiques; production d'énergie (usines hydroélectriques);

– usages relatifs à la navigation ou au transport (par exemple: flottage du bois);

– protection des ressources halieutiques (pêche);

– conservation de la flore et faune aquatiques et du pouvoir auto-épurateur des eaux;

– tourisme et loisirs: fins récréatives, sports nautiques;

– sauvegarde du paysage et protection des sites;

– protection de la qualité des eaux de mer dans lesquelles se jettent les eaux fluviales; etc.

Une fois adoptée l'idée que la pollution réside dans l'affectation d'une des vocations précitées des eaux, les facteurs de pollution, comme leur source, apparaissent nombreux et variés.

On se bornera à quelques illustrations de ces facteurs et de leur source, susceptibles de porter atteinte à une ou plusieurs des utilisations précitées:

– L'industrie (chimique, minière, raffineries) rejette dans les eaux des substances chimiques (par exemple les métaux lourds, tel le mercure), des produits toxiques ou biocides, des sels inorganiques (chlorures), du phosphore (qui conduit à l'eutrophisation des eaux), des huiles minérales et hydrocarbures, des déchets tels que les boues de charbon *(coal sludge)*. Elle est aussi responsable de pollution thermique du fait de l'utilisation des eaux pour le refroidissement.

– Les ménages et municipalités rejettent dans les eaux des déchets, boues, matières inorganiques, détergents, phosphore, bactéries et autres micro-organismes.

[10] L'article 17 du projet de Convention européenne pour la protection des cours d'eaux internationaux contre la pollution adopte le principe que les normes de qualité doivent être adaptées aux différentes utilisations possibles du cours d'eau international dont certaines illustrations sont données au paragraphe 1 du même article.

– L'agriculture introduit dans les eaux des substances polluantes provenant de l'emploi d'engrais chimiques ou de pesticides.

– L'utilisation des rivières pour le flottage du bois entraîne une pollution par déchets d'écorces.

– La batellerie est responsable du rejet de déchets divers, d'huiles minérales et d'hydrocarbures (nettoyage des soutes).

– Les centrales nucléaires, outre la pollution thermique, introduisent le risque des déchets radioactifs.

– On n'oubliera pas non plus que la pollution des eaux peut être due à une pollution atmosphérique (en particulier pour les lacs).

– Enfin, on remarquera que la pollution n'est pas nécessairement l'effet de l'introduction dans les eaux de substances polluantes ou d'énergie, elle peut aussi être la conséquence d'un changement de régime ou de la quantité des eaux. Ainsi les barrages et centrales électriques causent un ralentissement de l'écoulement des eaux, ce qui diminue les possibilités d'autoépuration du cours d'eau. Un détournement des eaux en amont peut accroître les effets d'une pollution naturelle des eaux en aval.

En conclusion, il est proposé à la Commission d'adopter, aux fins de ses travaux, la définition suivante de la pollution: Toute modification physique, chimique ou biologique de la composition ou de l'état des eaux résultant directement ou indirectement d'une action de l'homme et qui a pour conséquence de porter atteinte aux utilisations que ces eaux ont vocation de satisfaire.

Section II: Fleuves et lacs

L'intitulé de notre Commission est «La pollution *des fleuves et des lacs* et le droit international».

L'adjectif «international» ne qualifie pas les substantifs fleuves et lacs, mais il est impliqué par le fait que pour que la pollution d'un fleuve ou d'un lac ressortisse au droit international, il faut qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'un lac international ou qu'à tout le moins, ce fleuve ou ce lac fasse partie d'un bassin hydrographique qui s'étend sur deux ou plusieurs Etats.

La définition des fleuves internationaux donnée par notre regretté confrère G. Sauser-Hall est, à cet égard, demeurée classique:

«Les cours d'eau contigus ou limitrophes qui servent directement de frontières entre deux Etats et les cours d'eau successifs qui franchissent transversalement les frontières de plusieurs Etats, sans distinguer selon qu'ils sont navigables ou pas[11].»

[11] L'utilisation industrielle des fleuves internationaux, R.C.A.D.I., vol. 83, 1953, II, p. 481. Voir aussi sentence du *Lac Lanoux*, R.S.A., vol. XII, p. 302 et l'art. 1, a) du projet

Quant aux lacs internationaux, ce sont ceux, qu'ils soient frontières – dont les rives appartiennent à plus d'un Etat[12] – ou intérieurs dont le déversoir est relié à une voie d'eau internationale ou dont les eaux sont susceptibles d'être utilisées à des fins industrielles ou agricoles par différents pays[13].

Lorsqu'il s'agit d'utilisation des fleuves en dehors de la navigation, le concept de fleuve international est apparu depuis plusieurs années comme inadéquat et un large *consensus* y substitue la notion de bassin hydrographique international.

C'est ce que l'Institut a fait sur recommandation de notre confrère J. Andrassy, dans sa résolution de Salzbourg[14]; les règles d'Helsinki vont dans le même sens[15].

Ce point de vue est soutenu par de nombreux auteurs qui se sont penchés sur les problèmes de pollution des eaux[16]. Tous s'accordent à reconnaître que

de Convention européenne pour la protection des cours d'eau internationaux contre la pollution: «Tout cours d'eau, canal ou lac, qui sépare ou traverse les territoires de divers Etats.»

[12] Voyez ainsi la définition donnée à l'art. 1, b) du projet de Convention sur l'utilisation industrielle et agricole des cours d'eau et des lacs internationaux, établi en 1965 par le Comité juridique interaméricain, A/CN.4/274 (vol. II), p. 303.

[13] *Pondaven, Philippe*, Les lacs – frontières, Paris, Pédone, 1972, p. 6.

[14] *Article 1er:*

«Les présentes règles et recommandations s'appliquent à l'utilisation des eaux faisant partie d'un cours d'eau ou d'un bassin hydrographique qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats» (*Annuaire*, session de Salzbourg, 1961, vol. 49, t. II, p. 371).

[15] *Article II:*

"An international drainage basin is a geographical area extending over two or more States determined by the watershed limits of the system of waters, including surface and underground waters, flowing into a common terminus" (I.L.A., Report of the fifty-second Conference, Helsinki 1966, p. 484).

[16] Outre notre confrère *Andrassy*, Annuaire, 1959, t. I, pp. 150–152 et 214 et ss., voyez notamment: *Ballenegger, Jacques*, La pollution en droit international, Genève, Droz, 1975, pp. 13–14; *Baskin, J. J.*, Questions de droit international relatives à la pollution des eaux, R.G.D.I.P., 1969, p. 427; *Dickstein, H. L.*, International Lake and River Pollution Control: Question of Method, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 12, 1975, p. 488; *Dupuy, Pierre-Marie*, Sur les tendances récentes dans le droit international de l'environnement, A.F.D.I., 1974, p. 816; *Gaja, G.*, River Pollution in International Law, *in* A.D.I., La Haye, La protection de l'environnement et le droit international, Sijthoff, Leiden, 1975, p. 356; *Kiss, A. Ch.*, et *Lambrechts, Ch.*, La lutte contre la pollution de l'eau en Europe occidentale, A.F.D.I., 1969, p. 719; *Lammers, J. G.*, International Cooperation for the Protection of the Waters of the Rhine Basin against Pollution, Netherlands Yearbook of International Law, 1974, pp. 59–110, passim; *Suy, E.*, Intervention à la Sixième Commission de l'Assemblée générale de l'O.N.U., le 17 novembre 1970, notre chronique n° 669, R.B.D.I., 1973, p. 240.

la pollution, comme l'eau qui est son support, ne connaît pas de frontière et qu'il existe une liaison naturelle entre eaux de surface et eaux phréatiques ou souterraines, entre le cours d'eau principal et ses affluents, sous-affluents, ou canaux qui y sont reliés.

Comme le soulignait M. Andrassy, il est nécessaire d'adopter en l'espèce le critère des *effets internationaux*[17]; aujourd'hui, celui des effets transfrontières (transfrontaliers) est très largement retenu.

Cela étant, il convient de constater que les Etats n'adoptent pas souvent cette vision globale dans les traités relatifs à la pollution des fleuves et que les bassins font fréquemment l'objet de réglementations tronçonnées. Qu'on pense au lac Léman, au lac de Constance, à la Moselle, à la Sarre, au Rhin, aux grands lacs entre le Canada et les Etats-Unis, etc.[18]. Au surplus, certains auteurs sont franchement hostiles à la notion de bassin fluvial. C'est ainsi que P. Stainov estime que les divergences entre régimes politiques des Etats rendent difficile «de traiter comme un tout... le bassin hydrographique d'un cours d'eau international»[19].

C'est là un point de vue que confirment les faits internationaux, mais qui ne doit cependant pas être surestimé. L'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, signé à Helsinki en 1975, illustre la prise de conscience des Etats d'une nécessaire coopération entre Etats ayant des régimes différents:

> «Affirmant que ... beaucoup de problèmes d'environnement, particulièrement en Europe, ne peuvent être résolus de façon efficace que par une coopération internationale étroite
>
> ...
>
> Pour atteindre ces objectifs, les Etats participants utiliseront toutes les possibilités de coopérer dans le domaine de l'environnement, en particulier dans les domaines ... ci-après ...: ...
>
> Prévention de la pollution des eaux, en particulier des rivières qui traversent les frontières et les lacs internationaux, et lutte contre cette pollution; techniques d'amélioration de la qualité de l'eau et perfectionnement des voies et moyens d'épuration des eaux usées industrielles et urbaines ...»
>
> (Coopération dans les domaines de l'économie, de la science et de la technique, et de l'environnement, section 5).

[17] Annuaire, 1959, t. I, p. 214.

[18] Comme l'écrit encore M. *Andrassy:* «Il faut distinguer entre le fait indéniable de l'unité physique des bassins fluviaux et l'état actuel du droit tel qu'il se manifeste dans la pratique des Etats ...» L'utilisation des eaux des bassins internationaux, Revue égyptienne de droit international, vol. 16, 1960, p. 27.

[19] Les aspects juridiques de la lutte internationale contre la pollution du Danube, R.G.D.I.P., 1968, p. 99.

Le domaine qui doit faire l'objet des soins de notre Commission nous paraît donc imposé par la réalité: il s'agit de la pollution transfrontière affectant un bassin hydrographique qui s'étend sur le territoire de plus d'un Etat.

Nous semble, en revanche, en dehors de la compétence de notre Commission, la pollution des mers d'origine tellurique.

Section III: Le droit international

Le dernier membre de phrase de l'intitulé de notre Commission ouvre des horizons très vastes. De fait, le mandat donné à notre Commission semble s'étendre à tous les problèmes de droit international suscités par la pollution transfrontière affectant des bassins hydrographiques.

Ainsi que nous le verrons plus loin, ceci couvre un vaste domaine et notamment les points suivants:

- l'existence d'une obligation internationale de ne pas polluer et l'extension du devoir de prévention;
- la question de la responsabilité internationale découlant de la violation desdites obligations;
- la procédure en cas de contestations; et
- le domaine de la coopération internationale dans la lutte contre la pollution.

La tâche traditionnelle des commissions de l'Institut consiste à présenter un projet de résolution relativement succinct, comportant les principes fondamentaux de la matière et éventuellement des recommandations *de lege ferenda.*

Avant d'examiner plus avant les possibilités qui s'ouvrent, à cet égard, pour notre Commission, il convient de situer sa mission par rapport aux travaux réalisés par l'Institut et en dehors de lui dans le domaine qui fait l'objet de notre attention.

Section IV: Rappel des travaux de l'Institut en la matière

A. Le rapport de L. von Bar et la Résolution de Madrid du 20 avril 1911

Dès le début de ce siècle, la question de la pollution – même si le terme n'était pas encore employé et si le phénomène n'avait pas pris l'ampleur qu'on lui connaît aujourd'hui – préoccupait déjà la doctrine et, en particulier, l'Institut.

Dans son premier rapport, L. von Bar avait fait la proposition de résolution suivante:

«II. 2°. Toute modification de la composition chimique de l'eau, tout déversement de matières salissantes (provenant de fabriques, etc.) sont également interdits[20].»

Dans son second rapport, L. von Bar, acceptant les modifications proposées par Albéric Rolin, remplaça le mot «salissantes» par «nuisibles» et substitua aux mots «composition chimique» les mots «toute altération nuisible de la composition chimique de l'eau». Le rapporteur reconnaissait qu'il n'y avait pas de raison de défendre une souillure si cette souillure n'était pas nuisible[21].

Il proposait en conclusion le texte suivant:

«Toute altération nuisible de l'eau, tout déversement de matières nuisibles (provenant de fabriques, etc.) est également interdit[22].»

Que le rapporteur abandonnait ainsi une position exigeant l'intégrité absolue de l'eau au profit d'un concept plus relatif fondé sur ce qui pouvait être considéré comme «nuisible», résulte de l'échange de vues entre lui et Strisower au cours de la discussion générale.

A. Strisower qui déclarait que:

«L'idée essentielle de M. de Bar est que les Etats ne peuvent user de leurs eaux de façon à porter préjudice à un autre Etat. Par préjudice, j'entends dire qu'ils ne lui donneraient pas l'eau dans la même quantité et dans le même état (...)[23].»

von Bar répondait:

«M. Strisower exagère la portée de mes observations. J'ai seulement dit qu'un Etat n'a pas le droit de changer complètement le caractère d'un fleuve qui traverse un autre territoire. Il y a là une sorte d'interdépendance des Etats créée par la nature et d'où résulte le droit[24].»

La discussion sur le paragraphe fut pour le reste fort brève:

M. Errera signale que:

«Il se pourrait que l'utilisation fût de telle nature qu'il fût impossible de ne pas altérer l'eau. Mais il existe aujourd'hui des procédés de filtrage qui permettent de remettre l'eau dans l'état où elle était avant usage[25].»

[20] Annuaire, vol. 24, pp. 166 et 168, où le mot «salissantes» est omis par une évidente erreur matérielle.

[21] Ibid., p. 178.

[22] Ibid., p. 182.

[23] Ibid., p. 348.

[24] Ibid., p. 350.

[25] Ibid., pp. 357 et s.

M. von Bar conclut que dans ce cas, l'utilisation n'aurait pas le caractère abusif.

En conclusion, on peut dégager de la Résolution de Madrid, les extraits suivants qui demeurent pertinents pour notre matière:

«*Exposé des motifs* (non soumis aux votes).

Les Etats riverains d'un même cours d'eau sont, les uns vis-à-vis des autres, dans une dépendance physique permanente qui exclut l'idée d'une entière autonomie de chacun d'eux sur la section de la voie naturelle relevant de sa souveraineté.

...

Il paraît donc opportun de combler cette lacune en constatant les règles de droit qui découlent de l'interdépendance incontestablement existante entre Etats riverains du même cours d'eau et entre Etats dont les territoires sont traversés par le même cours d'eau.

...

Règles ...

II. Lorsqu'un cours d'eau traverse successivement les territoires de deux ou de plusieurs Etats

...

2°. Toute altération nuisible de l'eau, tout déversement de matières nuisibles (provenant de fabriques, etc.) est interdit[26].»

On constatera qu'à l'époque, l'Institut, tout en isolant déjà clairement le phénomène de la pollution, prenait à son égard une position extrêmement ferme sous forme d'interdiction de déversements de matières nuisibles.

B. Le rapport de M. J. Andrassy et la Résolution de Salzbourg du 13 septembre 1961

La Neuvième Commission de l'Institut avait pour objet l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation).

Dès son exposé préliminaire, notre éminent confrère J. Andrassy relevait ce qui suit:

«Une troisième catégorie d'utilisation est celle où on fait usage des eaux pour des fins industrielles dans des conditions telles que les eaux sont rendues au cours d'eau dans un état qui les rend nuisibles ...[27]»

La pollution étant une forme d'utilisation des eaux, se voyait incluse dans le cadre des travaux de la Commission. Sans consacrer à la question de longs développements, le rapporteur concluait:

«Un dommage sérieux causé par pollution est interdit en droit international actuel de la même manière que tout autre préjudice[28].»

[26] Annuaire, vol. 24, pp. 365 et s.

[27] Annuaire 1959, vol. 48, tome I, p. 223.

[28] Ibid., p. 185.

Son avant-projet comportait l'article suivant:

«*Article 4*

Est interdite toute altération qui, à la suite d'une utilisation entreprise, cause un dommage sérieux au droit d'utilisation d'un autre Etat intéressé aux eaux du même bassin fluvial[29].»

devenu dans le projet de résolution définitif:

«*Article 5*

Sont interdits les travaux ou utilisations qui impliqueraient une modification ou une altération quelconque de nature à léser sérieusement le droit d'utilisation d'un autre Etat intéressé aux eaux du même cours d'eau ou bassin fluvial[30].»

Néanmoins, au cours des débats, l'hypothèse de la pollution comme forme d'utilisation des eaux ne fut développée par personne. Il était visible que la majorité des intervenants avaient plus en vue les usages mettant en cause la quantité ou l'écoulement normal de l'eau que sa qualité.

Du texte finalement adopté, on retiendra quelques extraits qui sont plus particulièrement susceptibles de s'appliquer à la pollution:

«L'Institut de Droit international,

...

Considérant que l'obligation de ne pas porter un préjudice illégitime à autrui est un des principes fondamentaux régissant les rapports de voisinage en général;

Considérant que ce principe s'applique aussi aux rapports provenant des utilisations diverses des eaux;

...

Art. 2. Tout Etat a le droit d'utiliser les eaux qui traversent ou bordent son territoire sous réserve des limitations imposées par le droit international et notamment de celles résultant des dispositions qui suivent.

Ce droit a pour limite le droit d'utilisation des autres Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin hydrographique.

Art. 3. Si les Etats sont en désaccord sur la portée de leurs droits d'utilisation, le règlement se fera sur la base de l'équité, en tenant compte notamment de leurs besoins respectifs, ainsi que des autres circonstances propres au cas d'espèce.

Art. 4. Un Etat ne peut procéder à des travaux ou utilisations des eaux d'un cours d'eau ou d'un bassin hydrographique qui affectent sérieusement les possibilités d'utilisation des mêmes eaux par d'autres Etats qu'à condition de leur assurer la jouissance des avantages auxquels ils ont droit conformément à l'article 3, ainsi qu'une compensation adéquate pour les pertes et dommages subis[31].»

Les articles suivants relatifs à la procédure sont aussi dignes d'intérêt: avis préalable (art. 5), négociations – expertises – commissions (art. 6), atti-

[29] Annuaire, 1959, vol. 48, tome I, p. 184.

[30] Ibid., p. 336.

[31] Annuaire, 1961, vol. 49, tome II, pp. 370 et ss.

tude de bonne foi (art. 7), règlement judiciaire ou arbitral (art. 8) et création d'organismes communs pour l'établissement de plans d'utilisation (art. 9). On peut se demander s'ils ne sont pas susceptibles de s'appliquer *mutatis mutandis* à la pollution.

A supposer que l'Institut ait été conscient que la résolution qu'il adoptait pouvait s'appliquer à une forme d'utilisation spécifique qu'est la pollution, on devrait constater qu'il est passé d'une attitude rigoureuse: interdiction aux Etats de polluer, à une attitude plus laxiste: obligation pour un Etat de ne pas affecter sérieusement les possibilités d'utilisation des mêmes eaux par d'autres Etats (dans les conditions complexes de l'article 4 cité ci-dessus).

La question se pose, en tout cas, de savoir si, après les résultats obtenus à Salzbourg, il est opportun d'analyser de manière plus approfondie le problème de la pollution des eaux où s'il faut estimer que la Résolution de Salzbourg fait en quelque sorte implicitement le point sur la question et rend, par conséquent, inutile la poursuite des travaux de la Quinzième Commission.

Avant de trancher cette question, voyons les autres travaux et réalisations dans le domaine qui retient notre attention.

Section V: Autres travaux et réalisations dans le domaine

Si, vers les années 1960, on s'occupait surtout des utilisations portant atteinte à la quantité et à l'écoulement naturel des eaux, la décade suivante a pris conscience de la gravité du phénomène de la pollution.

Le laissez-faire d'une société industrielle préoccupée essentiellement de productivité et de profit a affecté gravement les fleuves des pays industrialisés dont certains tendent à devenir des égouts alors que plusieurs lacs internationaux deviennent des lacs morts. Les aspirations d'une partie de plus en plus grande des populations à la qualité de la vie et au respect de l'environnement, les risques de plus en plus grands pour les gouvernants de se trouver un jour ou l'autre en présence de catastrophes écologiques, font que la pollution devient un sujet de vive préoccupation et, à défaut de réalisations concrètes spectaculaires, un objet privilégié d'étude. Rapports et commissions se succèdent et s'engendrent. Quelques réalisations pratiques endiguent quelquefois les maux les plus criants.

Institutions non gouvernementales et gouvernementales étudient, prennent position, recommandent, voire poussent les Etats à conclure des traités. On assiste ainsi à un foisonnement d'activités de toute sorte dans le domaine de l'environnement.

Faire un tri dans toute cette production serait téméraire. Le simple établissement de la liste des activités des diverses institutions dans le domaine qui nous occupe couvrirait de nombreuses pages[32].

On nous permettra de nous borner à mentionner ce qui – compte tenu d'une information forcément lacunaire – nous paraît devoir retenir principalement l'attention.

S'agissant des travaux des associations privées de juristes, il convient de mentionner les règles dites d'Helsinki relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux, adoptées par l'International Law Association à sa cinquante-deuxième conférence tenue à Helsinki, en 1966. Les articles IX et XI de ces règles sont relatifs à la pollution des eaux.

Du côté des organisations internationales gouvernementales, plusieurs résolutions de l'Assemblée générale sont consacrées à l'environnement[33].

La Conférence des Nations Unies sur l'environnement, réunie à Stockholm en 1972, donna naissance à une importante déclaration[34]; l'article 30 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats du 12 décembre 1974 énonce plusieurs principes importants en matière de protection de l'environnement.

Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (P.N.U.E.), organe subsidiaire de l'Assemblée générale, institutionnalise les préoccupations des Nations Unies depuis la 27e session de l'Assemblée générale.

La *Commission économique pour l'Europe* avait joué un rôle de précur-

[32] Plusieurs travaux ont rassemblé, autant que faire se peut, des indications, textes ou références de tout ce qui a pu se faire dans le domaine de l'utilisation des fleuves internationaux. Mentionnons les ouvrages suivants:

– O.N.U., Problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux, Rapport du Secrétaire général de l'O.N.U., A/5409 du 15 avril 1963, trois vol.

– O.N.U., Problèmes juridiques que posent les utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, Rapport supplémentaire présenté par le Secrétaire général, A/CN.4/274 du 25 mars 1974, deux vol.

– O.E.A., Rios y lagos internacionales (utilización para fines agrícolas e industriales), cuarta edición, revisada, Washington D.C., 1971, O.E.A./Documentos officiales, O.E.A./Ser. I/VI/CIJ.

– O.N.U., Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation, ST/LEG/SER.B/12, 1963.

[33] Ainsi les Résolutions 2849 (XXVI), 2995 (XXVII), 2996 (XXVII) et 3129 (XXVIII).

[34] *Kiss, A. Ch.* et *Sicault, J.-D.*, La Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 5–16 juin 1972), A.F.D.I., 1972, pp. 603–628. *Sohn, Louis B.*, The Stockholm Declaration on the Human Environment, Harvard International Law Journal, vol. 13 (1972), pp. 423 et ss. et vol. 14 (1973), pp. 485 et ss.

seur en organisant, dès 1961, une conférence sur les problèmes de la pollution en Europe et en adoptant, le 29 avril 1966, une Résolution 10 (XXI) comportant la Déclaration de principe sur la lutte contre la pollution des eaux en Europe, qui contient diverses constatations et recommandations toujours d'actualité[35].

On signalera encore les recommandations de la C.E.E. concernant la protection des eaux de surface et des eaux souterraines contre la pollution par le pétrole et les produits pétroliers (1970), concernant la gestion des bassins fluviaux (1971) et relatives à certains problèmes de l'eau pour les pays de l'Europe méridionale (1972)[36].

Enfin, on notera que la *Commission du droit international* a mis à l'ordre du jour de ses travaux la question «Problèmes juridiques que posent les utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation». Mais, à ce jour, il ne semble pas découler des réponses données par les gouvernements au rapporteur spécial, que la pollution doive être retenue comme un des objectifs prioritaires de la Commission du droit international.

Les *institutions spécialisées et organes reliés* ont aussi abordé divers aspects de la pollution des eaux: l'A.I.E.A. pour tout ce qui concerne la contamination par déchets radioactifs, la F.A.O. en relation avec la protection de la pêche et de l'agriculture – on lui doit un projet d'accord relatif à l'utilisation et à la conservation des eaux du bassin du lac Tchad[37] –, l'O.M.S. pour ce qui est de la protection de la santé – elle a établi des normes de qualité concernant l'eau potable[38]. L'O.M.M. et l'UNESCO étudient également certains aspects de la question[39].

Les *organisations régionales* ont également de nombreux travaux et réalisations à leur actif. Le Comité juridique consultatif africano-asiatique a fait élaborer par un sous-comité, en 1973, un projet de proposition sur le droit des fleuves internationaux dont plusieurs propositions traitent expressément de la pollution des fleuves[40].

L'activité du *Conseil de l'Europe* en matière de lutte contre la pollution

[35] Voyez *Bijl*, La lutte contre la pollution de l'eau: un cas de coordination d'action internationale, A.F.D.I., 1967, pp. 580 et ss.

[36] Voyez A/CN.4/274, vol. II.

[37] A/CN.4/274 (vol. II), pp. 249 et ss.

[38] Normes internationales applicables à l'eau de boisson, O.M.S., Genève, 1958, et normes européennes applicables à l'eau de boisson, O.M.S., Genève, 1962.

[39] *Gaja, op. cit.*, pp. 394–395, et *Davies*, The Role of W.M.O. in Environmental Issues, International Organization, 1972, pp. 327 et ss.

[40] A/CN.4/274 (vol. II), p. 259.

des eaux est particulièrement significative[41]. On mentionnera en particulier: la recommandation 436 (1956) qui adopte les principes généraux applicables à la lutte contre la pollution des eaux douces. Ce texte soulevait plus de questions qu'il ne s'attachait à en résoudre. Le 28 avril 1967, l'Assemblée consultative adoptait la Charte européenne de l'Eau, affirmant notamment quelques principes juridiques généraux (parties X, XI et XII). Par sa recommandation 555 (1969), l'Assemblée consultative recommandait au Comité des Ministres d'élaborer une Convention européenne relative à la protection des eaux douces contre la pollution, sur base d'un projet qui était joint[42]. Le Comité devait repousser le projet et charger un Comité d'experts de rédiger un nouveau projet qui a été transmis à l'Assemblée consultative le 13 mars 1974. Il s'agit d'un projet de Convention européenne pour la protection des cours d'eau internationaux contre la pollution[43].

Le Conseil de l'Europe a aussi à son actif l'Accord européen du 16 septembre 1968 sur la limitation de l'emploi de certains détergents dans les produits de lavage et de nettoyage, et diverses recommandations, notamment sur les principes relatifs au contrôle de la fabrication, du commerce et de l'emploi des pesticides (Résol. 24 [1970]) et sur la pollution de la nappe phréatique de la plaine rhénane (rec. 629 [1971] et 772 [1975]).

Les activités de l'*O.C.D.E.* en matière de protection de l'environnement sont également très importantes[44]. Le Comité de l'environnement, créé depuis 1970, a procédé ou fait procéder à de très nombreuses études, y compris des recherches de caractère juridique. L'action du Conseil de l'O.C.D.E. dans le domaine de l'environnement comporte de nombreuses décisions et recommandations, certaines très significatives[45].

[41] *Kiss, A. Ch.* et *Lambrechts, Cl.*, La lutte contre la pollution de l'eau en Europe occidentale, A.F.D.I., 1969, pp. 718–736; *Angelo*, Homer G., Protection of the Human Environment. First Steps Toward Regional Cooperation in Europe, The International Lawyer, vol. 5, 1971, pp. 511–526; *Kiss, A. Ch.*, La protection de l'environnement et les organisations européennes, A.F.D.I., 1973, pp. 895–921.

[42] *Lammers, H.*, The activities of the Council of Europe Concerning the Protection of Fresh Water against Pollution, Annuaire de l'A.A.A., 1971, vol. 41. La Haye, Nijhoff, pp. 55–67; *Vander Elst, R.*, Le projet de Convention européenne relative à la protection des eaux douces contre la pollution, R.B.D.I., 1970, pp. 79–86.

[43] Doc. 3417 et *Golsong, H.*, European Measures to Protect Fresh Waters, International Environmental Law Conference, Londres, 2 septembre 1975.

[44] Voyez, outre les articles généraux sur la coopération en Europe cités aux notes précédentes: L'O.C.D.E. et l'environnement, O.C.D.E., Paris, 1976, 92 p. et Problèmes de la pollution transfrontière, O.C.D.E., Paris, 1974, 328 p.

[45] Voyez notamment les actes suivants:

Les *Communautés européennes* se sont attachées aux problèmes de l'environnement de manière différente, selon les communautés intéressées. Pour l'Euratom, la protection contre les radiations ionisantes est apparue dès l'origine comme une question essentielle. Pour la C.E.E., c'est plus tardivement que l'intérêt s'est fait jour et par des voies juridiques indirectes[46]. A ce jour, outre un programme d'action ambitieux, le Conseil a adopté diverses directives et recommandations en matière d'environnement[47] et participé avec

– décision du 13 février 1973 sur la protection de l'environnement par un contrôle des diphényles polychlorés;

– résolution du 18 mai 1971 relative à une procédure de notifications et de consultations sur les mesures relatives aux substances ayant une incidence sur l'homme ou son environnement;

– recommandation du 26 mai 1972 sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international;

– recommandation du 18 septembre 1973 sur les mesures destinées à réduire les émissions de mercure provenant d'activités humaines dans l'environnement;

– recommandation du 18 juin 1974 pour réduire les émissions d'oxyde de soufre et de particules résultant de l'emploi de combustibles dans les installations fixes;

– recommandation du 14 novembre 1974 sur la lutte contre l'eutrophisation des eaux;

– recommandation du 14 novembre 1974: stratégies de lutte contre les polluants spécifiques des eaux;

– recommandation du 14 novembre 1974 sur la mise en œuvre du principe pollueur-payeur;

– recommandation du 14 novembre 1974 sur les principes relatifs à la pollution transfrontière;

– recommandation du 11 mai 1976 relative à l'égalité d'accès en matière de pollution transfrontière;

– recommandation du 17 mai 1977 pour la mise en œuvre d'un régime d'égalité d'accès et de non-discrimination en matière de pollution transfrontière.

[46] Sur le rôle des Communautés en matière d'environnement, voyez notamment: *Carpentier, M.*, L'action de la Communauté en matière d'environnement, Revue du Marché commun, avril 1972; *Gérard, A.*, Les limites et les moyens juridiques de l'intervention des Communautés européennes en matière de protection de l'environnement, Cahiers de droit européen, 1975, pp. 14–30; *Stein, R.*, La protection sanitaire, in Les Novelles, Droit des Communautés européennes, pp. 1131–1135; *Touscoz*, L'action des Communautés européennes en matière d'environnement, Rev. trim. droit eur., 1973, pp. 29–45.

[47] Voyez ainsi:

– Directive 73/404 et 405/CEE du 22 novembre 1973 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux détergents et concernant le contrôle de leur pollution, J. O. L.347/51 et 347/53 du 17 décembre 1973;

– Déclaration du Conseil des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil du 22 novembre 1973, concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, J.O. C 112 du 20 décembre 1973;

– Recommandation 75/436/Euratom, CECA, CEE, du 3 mars 1973 relative à l'im-

les Etats membres à la conclusion de diverses conventions internationales en rapport avec l'environnement aquatique[48].

Les Etats membres du *Benelux* coordonnent leur politique en matière d'environnement[49].

Le Comité sur les défis de la société moderne de l'*O.T.A.N.* procède également à des études sur la pollution des eaux intérieures[50].

Le *Conseil d'assistance économique mutuelle* a adopté des «principes fondamentaux de coopération dans le domaine de la préservation de la pureté des eaux (frontières) internationales», en 1961, et un rapport sur «les méthodes unifiées de mise au point de mesures concernant la préservation de la pureté des eaux». Le Collège des dirigeants des organismes d'aménagement et d'exploitation des richesses hydrauliques des pays membres du C.A.E.M.,

putation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, J.O. L 194/1 du 25 juillet 1975;

– Directive 75/440/CEE du 16 juin 1975 concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire dans les Etats membres, J.O. L 194/26 du 25 juillet 1975;

– Directive 75/439/CEE du 16 juin 1975 concernant l'élimination des huiles usagées, J.O. L 194/23 du 25 juillet 1975;

– Directive 75/422/CEE du 15 juillet 1975 relative aux déchets, ibid., p. 39

– Directive 76/160/CEE du 8 décembre 1975 concernant la qualité des eaux de baignade, J.O. L 31/1 du 5 février 1976;

– Directive 76/464/CEE du 4 mai 1976 concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté;

– Voyez encore au Bulletin des Communautés européennes supplément 6/76, le projet de résolution du Conseil «Poursuite et réalisation d'une politique et d'un programme d'action des communautés en matière d'environnement (1977–1981)».

[48] Accords du 23 novembre 1971 pour la mise en œuvre d'une action européenne dans le domaine des nuisances sur les thèmes «Analyse des micropolluants organiques dans l'eau», texte anglais dans I.L.M., 1973, p. 9 et «Traitement de boues d'épuration», Moniteur belge du 8 mai 1974;

– Convention du 21 février 1974 pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique, J.O. L 194/6 du 25 juillet 1975, texte anglais dans I.L.M., 1974, p. 352;

– Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique et accord additionnel à l'accord signé à Berne le 29 avril 1963, concernant la Commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution. Projets, J.O. C 239/3 du 12 octobre 1976 (signée à Bonn le 3 décembre 1976).

[49] Voyez décisions de la troisième conférence intergouvernementale Benelux, Bruxelles, 20–21 octobre 1975. Ministère des Affaires étrangères, Recueil des points de vue belges, (76) 11 F du 25 février 1976.

[50] Voyez étude n° 36 d'octobre 1974 (relative au bassin du fleuve Saint-Jean), et appendice au rapport n° 36, O.T.A.N., novembre 1975.

a élaboré des recommandations concernant les méthodes de traitement des affluents industriels et de préservation des eaux contre la pollution par des affluents urbains et industriels; il a également élaboré des normes sur la qualité de l'eau et l'évacuation des eaux usées[51].

L'*Organisation des Etats américains* s'est également intéressée, à plusieurs reprises, à la question de l'usage des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation et, incidemment, à la pollution. Ainsi, par la déclaration faite à la septième conférence panaméricaine[52]. On notera également le projet de convention sur l'utilisation industrielle et agricole des cours d'eau et des lacs internationaux établi en 1965 par le Comité juridique interaméricain, dont les articles 5 et 6 sont susceptibles de s'appliquer à la pollution[53].

Section VI: Opportunité de la continuation des travaux de la Quinzième Commission et délimitation de sa mission

Ainsi qu'on a pu en juger par les brèves indications de la section précédente, les travaux accomplis par les organisations intergouvernementales et par des organismes non gouvernementaux sont à la fois nombreux et importants.

Si la jurisprudence internationale est pauvre en la matière, en revanche les traités internationaux sont très nombreux – nous en avons dénombré à ce stade 120 environ – et la pratique étatique à l'occasion d'incidents de pollution mérite attention[54].

Il en résulte que si la pollution est bien une forme d'utilisation des eaux, l'ensemble des problèmes qui se posent à son propos présentent une individualité, un développement en profondeur et une spécificité propres qui, à l'estime de votre rapporteur, justifient la poursuite de nos travaux et l'élaboration d'un projet de résolution distinct de celui adopté par l'Institut à sa session de Salzbourg.

[51] *Baskin, J. J.*, Questions de droit international relatives à la pollution des eaux, R.G.D.I.P., 1969, pp. 421–431, spéc. p. 423; *Stainov, P.*, Les aspects juridiques de la lutte internationale contre la pollution du Danube, R.G.D.I.P., 1968, pp. 97–118, spéc. p. 113; O.N.U., C.E.E.: ENV/R.3/Rev. 1 du 6 février 1974.

[52] Résolution LXXII, Montevideo 1933, O.E.A., Ríos y lagos internacionales (utilización para fines agrícolas e industriales), Cuarta edición, revisada, Washington D.C 1971. Doc. off. O.E.A./Ser. I/VI/C.I.J. – 75 rev. 2, p. 111.

[53] Ibid., p. 117. Publié séparément dans O.E.A./Ser. I/VI.2/C.I.J. 79 (1965). Texte français dans A/CN.4/274 (vol. II), p. 302.

[54] Nous développerons ces divers points dans notre rapport provisoire.

Si la Commission est amenée à partager cet avis, encore faudra-t-il délimiter avec autant de précision que possible l'ampleur de sa mission.

Si l'on réserve les obligations des Etats découlant des traités – nous les analyserons dans notre rapport provisoire – et dont la teneur varie essentiellement de cas en cas, c'est au contenu des obligations découlant du droit international général qu'il semble que la Commission ait à s'attacher en ordre de priorité.

Il s'agit de déterminer s'il existe des obligations de droit international général interdisant la pollution et gouvernant le comportement des Etats en cas de litige relatif à la pollution ou en cas de menace de pollution. Il faut aussi se poser la question de savoir s'il existe des obligations de droit international général relatives à la coopération internationale dans la lutte contre la pollution. La question de la responsabilité internationale pour infraction à ces diverses obligations découlerait de l'application des règles générales.

A défaut d'existence de règles de droit positif régissant ces divers aspects de la pollution des eaux, faut-il que l'Institut fasse des recommandations sur les comportements qu'il lui paraît souhaitable de voir adopter par les Etats ou sur le développement progressif du droit international en la matière, qui lui semble désirable? Cette fois encore, il ne semble pas que l'Institut doive échapper au débat traditionnel sur les règles *de lege lata* et sur les aspirations *de lege ferenda*.

Il ne peut être question, à ce stade, d'examiner en détail toutes les questions – nombreuses et complexes – qui se posent à propos des divers aspects mentionnés à l'instant. Ce sera l'objet du rapport provisoire de votre rapporteur.

Cependant, aux fins de l'établissement des limites de la mission de notre Commission, il convient de brosser à grands traits les questions qui se posent.

Existence d'obligations de droit international général en relation avec la pollution

Certains ont estimé qu'il n'existait aucune obligation de droit international général en la matière. C'est la célèbre doctrine Harmon ou théorie de la souveraineté territoriale absolue.

D'autres invoquent la très large tolérance des Etats qui, en matière de pollution, ont laissé se dégrader l'environnement à un tel point, sans protester ou en y participant eux-mêmes, qu'ils auraient ainsi prouvé la non-existence de règles en la matière. L'Etat pollué, étant souvent le pollueur d'un autre, éviterait d'affirmer trop nettement l'existence de règles sont l'effet boomerang ne serait que trop plausible.

A cela, on peut certes rétorquer que la tolérance n'affecte pas nécessairement l'existence de la règle, si elle existe, et qu'elle peut simplement être l'indice d'une renonciation à invoquer la règle et à demander réparation, du fait du caractère jugé insuffisant du niveau de pollution. L'effet cumulatif de la pollution peut conduire à des seuils remettant en cause une telle tolérance.

La très grande majorité des auteurs estime que le droit international général pose des limites à l'utilisation des eaux de manière polluante. Mais l'entente ne règne ni à propos du fondement, ni à propos du contenu de l'obligation de ne pas polluer.

1. *En ce qui concerne le fondement*, on l'a souvent recherché dans la règle de l'interdiction de l'abus de droit *(sic utere tuo ut alienum non laedas)*, dans les principes découlant des rapports de voisinage (l'obligation de ne pas porter un préjudice illégitime à autrui), ou dans la notion de servitude. Le principe de l'égalité de droit d'utilisation des eaux entre tous les Etats intéressés au même bassin hydrographique, compte tenu de leurs droits égaux de souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles, a également été avancé.

Depuis l'adoption du principe 21 par la Déclaration de Stockholm en 1972, le principe d'utilisation non dommageable du territoire[55] bénéficie d'un évident succès, aussi bien à l'O.N.U. que dans divers actes adoptés régionalement.

Enfin, parmi les fondements possibles d'un droit de l'environnement, il convient peut-être de ne pas se borner au seul point de vue du droit des Etats. La protection de l'environnement n'est-elle pas une revendication essentielle des hommes et, au-delà, des peuples? N'est-elle pas un droit de l'homme et un droit des peuples?

2. *La question du contenu de l'obligation de ne pas polluer* suscite aussi des controverses. Une position minoritaire soutient qu'il s'agit d'une obligation de résultat. Le résultat est défini en des termes exigeant: la conservation de l'intégrité territoriale absolue des autres Etats, l'obligation de n'altérer en aucune mesure la qualité de l'eau.

[55] Pour mémoire, le principe 21 a le contenu suivant: «Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.» (Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5–16 juin 1972, A/CONF.48/14/Rev. 1, p. 5.)

Pour la majorité des auteurs, en revanche, le contenu de l'obligation est beaucoup moins strict: il s'agit d'une obligation de moyen, d'une obligation de vigilance *(due diligence)*. Chaque Etat est tenu de veiller avec une diligence raisonnable à ce que son territoire ne soit pas utilisé comme source de pollution dommageable pour les autres Etats ou pour les régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

Dans cette conception, le caractère raisonnable de la diligence due dépend de nombreux facteurs:

– Une partie importante de la doctrine estime que chaque Etat intéressé au même bassin hydrographique doit recevoir une part raisonnable ou équitable des ressources en eau, en tenant compte des besoins respectifs et des circonstances propres aux cas d'espèce. Les besoins respectifs dépendent notamment des utilisations des cours d'eau et, dans les circonstances propres aux cas d'espèce, il faut certainement faire une place aux aspects économiques que revêt une politique tendant à diminuer ou à supprimer la pollution, en particulier pour les pays en voie de développement.

L'obligation de comportement apparaît ainsi relative, variant en fonction des circonstances spécifiques propres à chaque bassin. Variable dans l'espace, elle le serait aussi dans le temps.

Ce point de vue relativement flou a sans doute l'avantage de cadrer avec la pratique internationale actuelle. Il permet des arrangements pragmatiques en fonction des circonstances; il ouvre la voie à des réductions de pollutions progressives.

Certains ont voulu faire une distinction quant aux obligations de l'Etat pollueur, selon qu'il s'agit d'une pollution ancienne ou d'une pollution nouvelle. On a objecté, à ce point de vue, qu'il n'y a aucune raison de privilégier une pollution ancienne par rapport à une pollution nouvelle. Un droit acquis à la pollution paraît difficilement compatible avec les principes susmentionnés. Il aurait pour effet d'accroître les déséquilibres entre pays industrialisés et pays en voie de développement. Il reste cependant que, dans les arrangements à élaborer en fonction des circonstances, cette distinction peut être relevante. Mais c'est au niveau des arrangements concrets, pas à celui de l'existence d'une obligation.

3. *Le problème de la responsabilité.* La responsabilité *pour acte illicite* existera chaque fois qu'aura été violée une obligation de ne pas polluer. Tel sera le cas de la violation d'une obligation conventionnelle. La pollution accomplie avec intention de nuire ne soulève de même aucune difficulté. Pour le reste, la responsabilité pour violation d'une obligation de droit

international général relative à la pollution nous renvoie au paragraphe précédent.

Certains défendent la conception de la responsabilité *absolue ou objective*, la responsabilité pour risque. En dehors de certaines réglementations en matière nucléaire, il ne semble pas cependant que ce point de vue recueille de nombreux appuis.

Les points de vue énoncés au paragraphe précédent conduisent plutôt à une responsabilité pour non respect des obligations de diligence due, c'est-à-dire à une responsabilité pour acte illicite.

En ce qui concerne le *dommage*, doit-il être «substantiel», comme on le prétend souvent, pour qu'il soit pris en ligne de compte?

S'agissant enfin de l'*imputabilité*, la question se pose de savoir si la responsabilité de l'Etat existe ici, non seulement pour les actes de ses organes, mais aussi pour ceux des personnes privées qui sont sous son contrôle. Telle paraît être la position de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement. En l'occurrence, s'agissant de la pollution des fleuves et des lacs, le contrôle relève de la compétence personnelle et non pas de la seule compétence territoriale classique.

4. *La question de la procédure en cas de contestations relatives à la pollution.* Il convient de distinguer sans doute selon que la contestation présente un caractère interétatique ou oppose un Etat à un particulier. Dans le premier cas, la doctrine a invoqué l'existence de certaines obligations internationales:

– obligation d'avertir, d'informer et de consulter les tiers intéressés en cas d'augmentation sensible de la pollution. La Résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale prévoit que soit «donnée connaissance officielle et publique des données techniques relatives aux travaux que doivent entreprendre les Etats... afin d'éviter qu'un préjudice sensible puisse être causé à l'environnement de la zone voisine». L'alerte ne doit-elle pas aussi être donnée en cas d'accident grave?

L'obligation d'obtenir le consentement des autres Etats intéressés avant de procéder à de tels travaux ne semble, en revanche, pas recueillir la même adhésion.

L'obligation de négocier et de régler pacifiquement les différends dans le cadre général de l'article 33 de la Charte ne soulèvera sans doute guère d'objections.

Dans le second cas – réclamation d'un particulier contre un Etat étranger qui est à l'origine de la pollution, il est douteux qu'il y ait aujourd'hui des règles juridiques de droit international général bien utiles. Sur le plan con-

ventionnel, en revanche, on rencontre des créations intéressantes dont on peut se demander s'il convient d'en recommander plus largement l'usage. Tel est le cas des principes de droit d'accès et d'égalité de traitement prévus par la Convention nordique sur l'environnement et recommandés par l'O.C.D.E.[56].

[56] Voyez la recommandation C (74) 224 de l'O.C.D.E. du 14 novembre 1974 «Principes relatifs à la pollution transfrontière». Les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès ont le contenu suivant:

Titre C – Principe de non-discrimination

4. Les pays devraient initialement fonder leur action sur le principe de non-discrimination en vertu duquel:

a) les pollueurs à l'origine d'une pollution transfrontière devraient être soumis à des dispositions de nature législative ou réglementaire qui ne soient pas moins sévères que celles qui s'appliqueraient à une pollution équivalente ayant lieu à l'intérieur de leur pays dans des conditions et des zones comparables, compte tenu, le cas échéant, du caractère et des besoins particuliers en matière d'environnement de la zone affectée;

b) en particulier, sans préjudice des objectifs de qualité ou des normes concernant la pollution transfrontière agréés d'un commun accord par des pays concernés, les niveaux de la pollution transfrontière qui pénètre dans les zones susceptibles d'être affectées par une telle pollution ne devraient pas dépasser ceux considérés comme acceptables dans des conditions et des zones comparables à l'intérieur du pays d'où provient cette pollution, compte tenu, le cas échéant, de l'état particulier de l'environnement dans les pays affectés par la pollution;

c) un pays lorsqu'il met en œuvre le Principe Pollueur-Payeur devrait l'appliquer à l'égard de tous les pollueurs à l'intérieur de ce pays sans établir de différences selon que la pollution affecte ce pays ou un autre;

d) les personnes affectées par la pollution transfrontière ne devraient pas recevoir un traitement moins favorable que celui qui est réservé aux personnes affectées par une pollution semblable dans les pays d'où provient la pollution transfrontière.

Titre D – Principe d'égalité d'accès

5. Les pays devraient tendre, dans toute la mesure du possible, vers l'établissement, s'il n'existe déjà, d'un régime d'égalité d'accès, selon lequel:

a) Lorsqu'un projet, une activité nouvelle ou un comportement est susceptible de créer un risque sensible de pollution transfrontière et fait l'objet d'un examen des autorités publiques, ceux qui sont susceptibles d'être affectés par cette pollution devraient être recevables à utiliser les mêmes procédures juridictionnelles ou administratives dans le pays d'où elle provient que ceux de ce pays;

b) Lorsque la pollution transfrontière donne lieu à des dommages dans un pays, ceux qui sont affectés par cette pollution devraient être recevables à utiliser les mêmes procédures juridictionnelles ou administratives dans les pays d'où provient cette pollution que ceux de ce pays, et devraient jouir, en matière de procédure, de droits équivalents à ceux dont jouissent ceux de ce pays.»

Voyez aussi sur ces notions *Seidl-Hohenveldern*, La pollution transfrontière et la recommandation C (74) 224 de l'O.C.D.E., «Symbolae Garcia Arias», Revista Temis nº 33–36, Universidad de Zaragoza, 1973–1974.

5. *Le domaine de la coopération internationale dans la lutte contre la pollution.* Le principe 24 de la Déclaration de Stockholm appelle les Etats à la coopération dans le domaine de la protection et l'amélioration de l'environnement.

Y a-t-il un devoir de coopération? D'une manière générale, mises à part les obligations conventionnelles fréquentes en la matière, ceci semble découler du principe 21 énoncé plus haut. Mais quant aux formes de cette coopération, ceci relève sans doute de choix discrétionnaires des Etats.

Néanmoins, l'Institut pourrait souligner l'opportunité de certaines formes de coopération entre Etats, notamment:

- les consultations,
- les traités,
- les commissions internationales pour tout ou partie du bassin hydrographique.

Prenant acte des résultats positifs concrets enregistrés dans la pratique récente, l'Institut pourrait recommander des objectifs tels que la détermination de normes de qualité (établissement de listes de produits dont le rejet dans les eaux serait prohibé ou réglementé), l'organisation à frais communs d'opérations tendant à diminuer la pollution, l'harmonisation des politiques d'environnement, etc.

Bien que le principe pollueur-payeur ait été adopté par les pays de l'O.C.D.E. et de la C.E.E., il n'est pas certain que, lié à un type déterminé de régime économique, il soit exportable en dehors[57].

[57] Pour mémoire, le principe pollueur-payeur a le contenu suivant dans la recommandation C (72) 128 du Conseil de l'O.C.D.E. du 26 mai 1972 intitulée «Principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international»:

«A. *Principes directeurs*

(a) Imputation des coûts: le principe pollueur-payeur

...

4. Le principe à appliquer pour l'imputation des coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution, principe qui favorise l'emploi rationnel des ressources limitées de l'environnement tout en évitant des distorsions dans le commerce et les investissements internationaux, est le principe dit «pollueur-payeur». Ce principe signifie que le pollueur devrait se voir imputer les dépenses relatives aux susdites mesures arrêtées par les pouvoirs publics pour que l'environnement soit dans un état acceptable. En d'autres termes, le coût de ces mesures devrait être répercuté dans le coût des biens et services qui sont à l'origine de la pollution du fait de leur production et/ou de leur consommation. D'une façon générale, de telles mesures ne devraient pas être accompagnées de subventions susceptibles

Voilà donc rapidement résumées les questions qui nous paraissent former l'objet des travaux de notre Commission. Il conviendrait que la Commission se prononce rapidement sur ce point.

Section VII: Suite des travaux de la Commission

Lors de sa réunion qui doit avoir lieu pendant la session d'Oslo de l'Institut, la Quinzième Commission devrait prendre position sur les questions suivantes auxquelles je vous serais reconnaissant de bien vouloir répondre pour le 15 août au plus tard, afin que je puisse préparer une synthèse de vos réponses pour la session d'Oslo:

1. Estimez-vous que les travaux de la Commission doivent se poursuivre en dépit des travaux précédents de l'Institut?

2. Dans l'affirmative, êtes-vous d'accord sur la définition proposée de la pollution (fin de la section I)?

3. Agréez-vous la notion de système hydrographique et d'effet transfrontière proposée à la fin de la section II?

4. Etes-vous d'accord sur le programme de travail proposé à la section VI ci-dessus? ou l'estimez-vous trop ambitieux? ou, au contraire, y décelez-vous des lacunes?

5. Sous réserve et dans les limites de l'accord de la Commission sur le programme proposé ci-dessus, je me propose d'adresser, après la session d'Oslo, un questionnaire à tous les membres de la Commission relatif au fond et dont les termes définitifs pourraient être arrêtés pendant la session d'Oslo. Vous en trouverez un projet en annexe[58]. Je vous serais reconnaissant de bien vouloir faire toutes les suggestions que vous jugeriez utiles à propos de ce projet de questionnaire.

Lors de la session d'Oslo, nous arrêterons en outre le calendrier relatif à la suite de nos travaux:

– réponses au questionnaire relatif au fond,

d'engendrer les distorsions importantes dans le commerce et les investissements internationaux.

5. Ce principe devrait constituer un objectif des pays Membres; il pourra toutefois y avoir des exceptions ou des arrangements spéciaux, en particulier pour les périodes de transition, sous la réserve qu'il n'en résulte pas des distorsions importantes dans le commerce et les investissements internationaux.»

[58] Pour des raisons d'économie, ce projet a été omis dans la publication définitive. Seul le questionnaire remanié est reproduit, en annexe II du rapport provisoire.

– envoi du rapport provisoire,
– réactions des membres au rapport provisoire,
– rapport définitif,
– impression du rapport définitif en vue de sa discussion à la session de 1979.

Bruxelles, 5 juin 1977

Annexe II

Questionnaire relatif à la pollution des fleuves et des lacs et le droit international

1. Partagez-vous l'opinion de ceux qui estiment qu'il n'existe aucune norme de droit international général interdisant de polluer?

2. Estimez-vous que la tolérance que l'on a pu constater jusqu'à présent à l'égard de la pollution des eaux est une preuve de la non-existence de norme de droit international général interdisant de polluer, ou de la volonté de ne pas invoquer une telle norme?

3. Estimez-vous que l'on puisse trouver le fondement de l'interdiction de polluer dans une ou plusieurs des règles ou principes de droit suivants (étant entendu que certains d'entre eux peuvent se recouper):

a) l'interdiction de l'abus de droit *(sic utere tuo)*?

b) la notion de servitude?

c) les principes découlant des rapports de voisinage, notamment l'obligation de ne pas porter un préjudice illégitime à autrui?

d) le principe de l'égalité de droit d'utilisation des eaux et d'exploitation des ressources naturelles?

e) le principe d'utilisation non dommageable du territoire (formule de Stockholm – principe 21)?

f) autre règle?

4. Admettez-vous que le droit à la protection de l'environnement n'est pas seulement un droit des Etats, mais aussi:

a) un droit de l'homme?

b) un droit des peuples à disposer de leurs richesses naturelles, d'où découlerait un droit à la protection de l'environnement?

5. Croyez-vous qu'il existe en la matière une obligation absolue, ou objective, ou pour risque («ultra hazardous activities»)? Dans l'affirmative, dans quel contexte ou dans quel cas particulier.

6. Croyez-vous, au contraire, que le contenu de l'obligation se limite à une obligation de diligence (obligation de comportement ou de moyen)? Vous rallieriez-vous, dans ce cas, à la formule générale que tout Etat est tenu de veiller, avec une diligence raisonnable, à ce que son territoire ne soit pas utilisé comme source de pollution dommageable pour les autres Etats ou pour les régions ne relevant d'aucune juridiction nationale (formule de Stockholm)?

7. Si vous acceptez le principe énoncé à la question précédente, estimez-vous que pour que l'obligation soit enfreinte, le *dommage* doive être en outre «sérieux» ou «substantiel» ou pensez-vous que l'obligation est violée, à l'intervention de tout dommage quelconque?

8. Estimez-vous que le principe de partage équitable des ressources en eau, en tenant compte des besoins respectifs et des circonstances propres au cas d'espèce, affecte le principe énoncé à la question 6 comme critère de l'obligation de diligence raisonnable ou comme mesure de ce qui doit être considéré comme une pollution dommageable?

9. Estimez-vous qu'il existe, en la matière, des règles distinctes selon qu'il s'agit d'une pollution ancienne ou d'une pollution nouvelle? En particulier, le caractère ancien de la pollution justifie-t-il son maintien?

10. Estimez-vous qu'il existe, en la matière, des règles distinctes pour les pays en voie de développement (et que ceux-ci bénéficieraient en quelque sorte d'un droit à polluer en vue d'assurer leur développement) ou bien que les règles sont les mêmes pour tous les Etats, mais que les pays industrialisés doivent aider financièrement ou autrement les pays en développement à lutter contre la pollution sans ralentir leur développement économique?

11. Etes-vous d'accord que la responsabilité pour acte illicite existe aussitôt qu'une obligation de ne pas polluer est transgressée, que cette obligation soit conventionnelle ou relève de l'application des règles de droit international général dégagées par les questions précédentes?

12. S'agissant de l'imputabilité, vous ralliez-vous à l'idée que l'Etat est également responsable des activités dommageables accomplies par les personnes privées qui sont sous son contrôle?

13. En cas de contestation interétatique sur l'usage polluant des eaux ou même avant toute contestation:

a) estimez-vous que le droit international général *comporte des obligations:*

- d'avertir, d'informer et de consulter? En quel cas?
- d'obtenir le consentement pour tout usage nouveau polluant?
- de négocier ou de régler pacifiquement les différends (art. 33 de la Charte)?
- d'autres obligations de coopération?

b) De quels recours bénéficie l'Etat qui s'estime victime d'une pollution?

14. Estimez-vous qu'il est, au surplus, souhaitable que l'Institut *recommande* aux Etats certaines formes de coopération: consultations, traités, commissions internationales, en vue d'atteindre des objectifs tels que la détermination de normes de qualité, l'organisation à frais communs de travaux tendant à diminuer la pollution, l'harmonisation des politiques d'environnement, contrôle et gestion de la prévention des nuisances, etc.?

15. En cas de contestation entre l'Etat qui est à l'origine de la pollution et un particulier étranger, jugez-vous opportun que l'Institut recommande l'adoption plus généralisée par les Etats des principes de non-discrimination et d'égalité d'accès?

16. Croyez-vous qu'il faille faire une place au principe pollueur-payeur et, dans l'affirmative, sous quelle forme et dans quel sens?

Annexe III

Observations des membres de la Quinzième Commission en réponse au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire

1. Observations de M. Claude-Albert Colliard

Paris, 25 février 1978

1. Oui. J'estime qu'il n'existe aucune norme de droit international général interdisant de polluer.

Elle n'est invoquée dans aucun traité.

Il n'y a rien de plus que l'application éventuelle de la théorie de l'abus de droit.

2. La tolérance me paraît être la preuve d'une volonté étatique de conserver la plus grande liberté d'action.

3. J'écarterai certainement la notion de servitude ainsi que le principe de l'égalité d'utilisation des eaux et d'exploitation des ressources naturelles.

On peut s'efforcer de rattacher une interdiction de polluer à la notion d'abus de droit, également à la théorie du voisinage et enfin au principe de l'utilisation non dommageable, ce que j'ai appelé dans mon cours RCADI de 1968 la théorie de l'utilisation *innocente*.

4. Je pense que le droit à la protection de l'environnement est un droit des Etats. Il est d'ailleurs un droit de l'Etat pour la protection de son environnement, également un droit de l'Etat à la protection de l'environnement non étatique, c'est-à-dire du domaine international lui-même ne faisant pas l'objet d'une appropriation de la part de l'Etat.

Je ne pense pas qu'il y ait un avantage à faire de ce droit un droit de l'homme. Quant à en faire un droit des peuples je pense qu'il s'agit là d'une source de confusion. Nul ne sait ce qu'est un «*peuple*». Le droit des peuples à disposer de leurs ressources naturelles est en réalité un droit appartenant à des peuples constitués en quelque sorte en Etats.

Il faut écarter cette question qui ne peut qu'obscurcir toute étude.

5. J'aimerais mieux présenter la question autrement, c'est à dire non pas poser la question de l'obligation mais la question de la responsabilité.

On devrait poser la question ainsi: A supposer que soit reconnue une obligation de non polluer, la responsabilité pour des actes de pollution (ou mieux en cas de constatation d'une pollution) devrait-elle être une responsabilité objective ou absolue ou au contraire une responsabilité fondée sur la notion de faute. Il me paraît dangereux de se lancer dans des théories nationales de responsabilité du genre de «risque» ou encore «ultra hazardous

activities». Il convient de reprendre les expressions utilisées par le droit positif moderne en matière de dommages causés par les hydrocarbures (Bruxelles 1969), par l'exploitation nucléaire (voir diverses conventions), par les engins spatiaux pour les dommages causés à la surface de la terre.

6. Je pense qu'il faut dépasser la notion de due diligence, mais bien entendu cela suppose l'adoption d'un système conventionnel adéquat.

7. L'existence d'un dommage «sérieux» ou «substantiel» me paraît devoir être maintenue ou adoptée avec l'adoption d'une responsabilité objective.

8. J'avoue ne pas bien comprendre le rapport entre 8 et 6.

9. Bien évidemment il faut distinguer la pollution existante et la pollution future.

On doit adopter une sorte de règle de «standstill» selon laquelle il est interdit à l'avenir de polluer ou d'accroître la pollution.

Quant aux pollutions existantes elles doivent être peu à peu réduites.

Autrement dit, il ne s'agit pas de «maintenir» la pollution ancienne, comme il est écrit dans la question, il s'agit de la réduire progressivement et non pas de la supprimer immédiatement, ce qui serait irréaliste et artificiel.

10. Je pense que le principe de la dualité des normes n'a pas ici à s'appliquer. Mais on peut, au contraire, admettre le principe d'une aide des pays développés afin que les PVD ne soient pas obligés de ralentir leur croissance pour des raisons de prévention contre la pollution.

11. Je considère que poser la question ainsi n'est pas satisfaisant.

En effet en invoquant la notion d'acte «*illicite*» on adopte la notion d'un acte fautif. C'est une notion qui ne doit pas être utilisée si l'on adopte la formule de la responsabilité objective.

Par ailleurs je ne pense pas qu'existe en la matière une règle de droit international général.

12. Bien évidemment, j'estime que la responsabilité de l'Etat est engagée par l'activité de personnes privées relevant de sa juridiction.

L'imputabilité à l'Etat simplifie la mise en œuvre de la responsabilité internationale qu'il convient de construire sous la forme d'une responsabilité entre Etats.

Bien sûr il convient de prévoir l'action récursoire de l'Etat contre l'auteur de la pollution.

L'Etat, lorsque l'auteur est une personne privée, apparaît comme un garant.

13. Je ne pense pas que le droit international général comporte des obligations telles que celles visées à la question 13 lettre a.

Ces obligations apparaissent dans les traités relatifs à tel ou tel fleuve.

Il convient d'ailleurs de prévoir une pollution d'une certaine importance, ou d'une certaine probabilité pour exiger le consentement préalable.

Les recours devront être prévus par les textes, c'est la mise en œuvre de la responsabilité telle qu'elle sera définie.

14. Je pense qu'il convient que l'Institut recommande le recours à des consultations et tout particulièrement à des commissions internationales disposant de larges pouvoirs.

Je me permets de rappeler que le recours à des commissions internationales est, en matière fluviale, une tradition de l'Institut depuis 1911.

15. Je pense que l'Institut peut en effet recommander l'adoption des principes de non-discrimination et d'égalité d'accès.

Je signale toutefois que cela suppose qu'on ne se trouve pas dans le cadre d'une procédure purement interétatique, hypothèse qu'il ne faut pas éliminer. Dans le cas de l'action d'un plaideur individuel, il faut préciser les formules de non-discrimination et d'égalité d'accès. Ces formules qu'utilise l'O.C.D.E. dans le cadre de ses travaux sur la «pollution transfrontière» sont peu intelligibles pour les personnes ne suivant pas de près les travaux de l'O.C.D.E. Il convient donc de les expliciter.

16. Je pense qu'il convient d'écarter avec le plus grand soin toute référence au principe «pollueur-payeur» qui est un principe de caractère économique et non de caractère juridique. Invoquer ce principe serait ruiner toute la construction juridique envisagée. Il s'agirait, en effet, d'acheter le droit de polluer.

Il est fondamental qu'un tel principe ne figure pas dans le projet. *C.-A. Colliard*

2. *Observations de M. Robert Y. Jennings*

Jesus College, Cambridge, Dec. 20, 1977

1. In my opinion there is probably no norm of general international law which forbids pollution as such. Indeed, if there were such a rule, it would mean that a State could be in breach of international law in permitting pollution of a lake within its territory and wholly contained within its territory; and this, in the present state of international law is almost a *reductio ad absurdum*.

This is not to say, however, that there is no general international law governing some activities that might result in pollution. There is an established rule, for example, that has been authoritatively expressed as "every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States" (ICJ Rep. 1949, p. 22). The right in question in that case was, of course, the right of passage; but there seems no reason of principle why for instance it should not be equally true of the interference by pollution with a right of fishing.

At least there is a useful basis here on which it should be possible to develop a body of law concerning various forms of pollution.

2. I think it would be dangerous to attempt to draw either conclusion, considering that the effects of pollution is a highly technical question which is even now not fully understood.

3. a) Though the notion of *sic utere tuo* clearly has value in this context, I am not convinced that abuse of rights is altogether the same idea. Moreover the notion of abuse of rights has particular dangers in this field: it would be a pity to encourage the idea that States have a right to pollute provided only that the right is not abused, whatever that may mean.

b) As I understand it, a servitude is a right of user enjoyed by one State on the territory of another; not a right of user of resources which originate from the territory of another. No doubt the notion could be stretched to cover some pollution situations; but I do not believe that this would materially assist the development of an adequate law about pollution. Nor would it assist our understanding of what is a servitude in international law.

c) The answer to 1 above indicates that I think this the most promising general principle in this context.

d) I doubt whether there is any such principle. But if there is, it begs the question at issue because much if not all water pollution is the result of using it or exploiting it. This could easily end up as an equal right to pollute.

e) This for me is part and parcel of (c) above. Thus, in my view, (c) and (e) are aspects of the same principle.

f) I see no other serviceable general principle.

4. I do not accept either of these propositions. Pollution is a highly technical problem requiring technical solutions. To say that the protection of the environment is one of the rights of man may on certain occasions be a useful rhetorical device. But it will not solve any practical problems, and it is of doubtful service to the rights of man.

As to the right of "peoples" – whatever that may mean or be said to mean – to dispose of their natural resources: the disposing of natural resources almost invariably results in some pollution. The question is how much and what kind is tolerable? General principles or assertions tend merely to wrap up and obscure the real problem.

5. Assuming that the questions still relate to general law and not to particular conventional law, I do not believe that the law is sufficiently developed to enable one to answer this question in terms of *lege lata*. As to the desirable law, I think there is probably room for several different kinds of obligation to deal with different technological situations. As to which is appropriate to which kind of case I have to answer that I do not know because it is basically a question of technology. For lawyers to dabble in this kind of question without the advice of scientists seems to me to be highly dangerous.

6. Again I think it is primarily a technological question and the answer will vary according to different kinds and sources of pollution and the general policy decided upon.

7. The prevention or control of pollution is a problem of public order. But the idea of the kind of damage resulting from the breach of an obligation belongs to the private law of delict. Such a delictual remedy must be academic in most real situations. What is needed is rather a combination of international regulation and international insurance. Thus I believe that this kind of question needs to be asked in terms of insurance law rather than of delictual, or tort, law.

8. Again it seems to me that the real question is not what is actionable but what is tolerable; and that one ought to be thinking not so much in terms of a court of law but of a commission; not so much in terms of damage already caused but in terms of monitoring systems to prevent damage before it happens.

9. Insofar as one is thinking in terms of delictual action then clearly the defendant who is a pollutor of long-standing is in a stronger position than a novice; for all the law about protest, acquiescence, and even of servitudes, must be relevant. But insofar as one is thinking of public order and regulation the question is governable by quite different considerations which should be scientifically rather than legally based.

10. I think the idea of different standards for different countries must be strongly resisted. Damage to the environment is not lessened because it comes from one State rather than another.

There may or may not be some obligation to assist certain countries financially but it is certainly not an obligation based in general rules of international law. Industrialization is a very broad term. Does it include agriculture? If every country is to be assisted to begin production of plastic consumer goods the environment is doomed anyway!

11. In my opinion, a satisfactory pollution law will be elaborate and detailed and

will be informed by the relevant technology. In short it *has* to be conventional. In the case of lakes and rivers it may well be that regional conventional arrangements will be best (c.f. Canada and the U.S. for the Great Lakes). The main practical value of a broad general principle of customary law is likely therefore to be the importation of an obligation to negotiate such agreements in good faith.

12. The answer to this question must surely be 'yes'. I had supposed that this was all settled in the Alabama arbitration. I take it that the question is of course assuming that there is indeed an established obligation in international law which has been breached by activities of private persons on the territory of the defendant State. It seems to me that the law about a State's responsibility for injury to another State's nationals (where imputability might on one view be relevant) is a quite different case. The kind of pollution law under discussion is one which creates *direct*, not indirect, responsibility in the State.

13. a) I do not understand how the answers to these questions can be given in general terms; it all depends upon the particular dispute and the treaty obligations existing between the particular States in question. Moreover a dispute about pollution need not in any event arise in isolation: in practice it may be hidden in a boundary dispute or a dispute about fishing rights and so on.

b) again it depends on the legal position of the particular States involved in a particular dispute.

14. Yes: but to do this effectively I think we should need to co-operation of scientists. I think the Institute should recognize that the contribution to this kind of technological problem which can be made by lawyers working in isolation is very limited.

15. Non-discrimination and equality of access are always desirable. But first there has to be a cause of action. And I have already said that, in my view, the question of private remedies on a delictual basis is peripheral, and does not go to the core of the pollution problem.

16. The so-called principle 'pollueur-payeur' seems to me only to restate the poblem.

Robert Y. Jennings

3. Observations de M. Myres Smith McDougal

New Haven, March 27, 1978

1. No.

2. No, tolerance creates no such inference. The validity of the premise of this question is subject to serious doubt in view of a marked concern over freshwater pollution in most industrialized countries and the fact that this concern has resulted in significant national and international anti-pollution action.

3. Expectations widely shared among the peoples of the world about future decision. The multiple choice arrangement for this question is misleading. In fact there is a partial overlapping of all the enumerated bases with the exception of (b) only. Thus basis (e), Principle 21 of the Stockholm Declaration, may well be considered to be founded on (a), (c) and (d). See Gunter Handl, Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses: Customary Principles of Law Revisited, 1975 Canadian Yb. of I.L. 156; Territorial Sovereignty and the Problems of Transnational Pollution, 69 Am. J.I.L. 50 (1975).

4. a) Yes, the interest in not being subjected to polluted resources is a human right. Individuals and private associations should be accorded even greater access to authority. There is no reason why claims should be confined to states.

b) The conceptualization of the right to the protection of the environment as a "droit des peuples" in general appears unwarranted because of the inherent definitional complexity of the notion of "people" in international law. Specifically, usage of this term has remained largely limited to the peculiar contexts of decolonization and self-determination. Given these connotations of the notion of "right of the people(s)", its introduction into the discussion of international legal environmental issues by reference to the seemingly analogous concept of "peoples' sovereignty over natural resources" would distort the very special and limited scope of application in international law of "droit du peuple". The concept would appear unnecessary to fortify the claims of states, private associations, and individuals.

5. The distinctions made in this question probably have an incurable obscurity. If "objective responsibility" is to be understood in Anzilotti's sense as responsibility attributable to the state for a violation of an international obligation irrespective of subjective fault on the part of the state officials, "objective responsibility" rather than "responsibility for risk" or "absolute responsibility" (whatever their exact connotations) seems to characterize the customary legal relationship between victim and polluting countries. In real life there is a great range both in the deliberateness or non-deliberateness of actors and in the hazardness of acts. All these differences must be taken into account.

6. Neither means nor reasonable diligence alone suffices. In appropriate context, as in the *Corfu Channel* case, reasonable diligence may be one test. Means are always among the factors taken into account.

7. Yes. Substantiality is of course among the relevant factors. To permit claim for trivial damage would impair the productive utilization of resources.

8. The principle of equitable use is not a criterion of "due diligence". Rather it is "due diligence" which is a factor bearing on whether a given use is equitable. On the other hand, any activity causing transnational pollution damage of international legal relevance amounts to an inequitable utilization of water resources. Reasonableness as between the parties is a factor that few courts ignore.

9. Yes, but only to the extent that the time factor may play a role in determining the lawfulness of a polluting activity. The answer to the second question depends upon context. A transnational pollution generating activity, without contextually derived indicia of its unlawfulness, is not per se prohibited under customary international law. A distinction between old and new pollution, not supplemented by criteria relating to in particular the nature and magnitude of the effects of transnational pollutants, therefore cannot contribute to the clarification of legal rights and duties of the parties concerned. The distinction may, however, be useful as *one* relevant criterion: after all, the protection of existing (beneficial) uses is a well-recognized tenet of the principle of equitable use of internationally shared natural resources.

10. As a general rule, Principles 9 and 12 of the Stockholm Declaration suggest that additional international financial and technological assistance ought to be offered to developing countries to offset environmental protection oriented restraints on development. This is not only a sounder approach from an environmental policy perspective but, as a transitional arrangement, appears also acceptable from an international trade and

investment viewpoint (see O.E.C.D. Note on the Implementation of the Polluter-Pays-Principle).

11. Yes, such responsibility clearly derives from customary international and is probably a general principle of law. It could do no harm to reinforce this expectation by specific agreement.

12. Yes, indeed. See *e.g.* the broad generalizations in the *Corfu Channel* case and the *Trail Smelter* case.

13. a) – If the activity concerned carries a "significant risk" of transnational harm, there is a duty of notification and information, as well as a duty of consultation.

– Consent is not required.

– Yes, such a duty, as incorporated in Art. 33 of the Charter, must be deemed to be part of the corpus of customary international law.

– Recent developments (*e.g.* in the *North Sea Continental Shelf* and *Icelandic Fisheries Jurisdiction* cases) suggest that the parties might be entitled to a "mutually acceptable conclusion" of dispute over the utilization (including a polluting use) of a given internationally shared natural resource.

b) – Any recourse beyond diplomatic representation vis-a-vis the polluting state would obviously depend on the availability of dispute settlement mechanisms as between the polluting and the victim states.

14. I believe the Institute should direct its primary effort at restating the customary law in respect of the basic international obligations concerning cooperation. It should also indicate possible modalities of transnational cooperation, including joint development and administration.

15. Yes, certainly. The Institute would merely reinforce the impact of a very welcome initiative in this respect taken by the O.E.C.D.

16. Yes, depending upon context. The principle is already part and parcel of present-day customary international law of transfrontier pollution. The lawfulness of a transfrontier pollution generating activity must be assessed on the basis of a comprehensive contextual analysis. One key criterion in this evaluation is the impact of the polluting activity on efficiency in the aggregate use of the internationally shared natural resource concerned. The "polluter pays principle" merely denotes that the polluter, to the extent his activity entails a non-optimal overall utilization, should be made to bear the costs of pollution prevention and control. *Myres Smith McDougal*

4. Observations de M. Edward McWhinney

October 26, 1977

1. There is a norm of general international law prohibiting pollution. While it has an adequate or sufficient base in classical international law, it may also fairly be included as part of that "new" international law that has tended to develop since the Second World War.

2. While State practice in claimed vindication of such a norm may be light up to the present, this may be accounted for in part by the overly preemptive concern of international law, throughout the Cold War period, with peace and security questions. The emerging era of *détente* has encouraged and facilitated attention to other, more widely-ranging

questions, with Man and the protection of the Natural Environment and scarce Natural Resources predominant among these.

3. The generically broadest formulation of the principle is to be found in the legal category of good neighbourliness (Question 3 [c]), which finds its doctrinal legal base in the Civil Law concept of *abus de droit* and in the cognate Common Law Tort law-derived concept of the special duty-of-care obligations of a "neighbour".

4. a) I have no difficulty in accepting that, as a matter of substantive law, the right to be protected as to one's healthy natural environment should be included in any contemporary listing of basic human rights. I take it that this question is not intended, however, to invite a ruling from the *Institut*, by indirection, on the question of whether individuals, as well as States, can be "subjects" of International Law.

b) Yes.

5. Absolute liability should exist in the case of "ultra-hazardous activities", which might be allowed to be worked out and defined on an experiential, case-by-case basis, according to evolving World Community expectations. Without attempting to be exhaustive and by way of illustration only, the category of ultra-hazardous activities today, for which absolute liability should apply, could include the use of nuclear generating plants and nuclear reactors on or near rivers and lakes; the storage of chemical or bacteriological weapons on or near rivers and lakes; the transportation by river or lake of nuclear wastes and other noxious materials.

6. The formulation seems acceptable as the definition of the general principle of liability, – subject, however, to inclusion of the ancillary principle of absolute liability for ultra-hazardous activities.

7. Under the *general* principle of liability, the damage should be serious or substantial for liability to arise; under the special principle of liability for ultra-hazardous acts, proof of any damage should be sufficient to establish liability.

8. Yes, in measure.

9. No. Changing societal attitudes and expectations in the World Community are such that the principle is on its way to becoming an imperative principle of international law, with no room for any notion that past tolerance or inaction can legitimate continuance of an old tort or delict today.

10. The rules, surely, must be the same for all States, a "double standard" of positive law being as unacceptable here as in any other area of international law. In so far, however, as positive law rules only take on full meaning when applied in concrete fact-situations, there is certainly opportunity for taking into account, in the fact-finding processes, any special conditions existing in developing countries as opposed to other countries.

11. Yes.

12. Yes.

13. a) (i) Yes, in the case of ultra-hazardous activities, as an absolute obligation. In the case of other activities, the obligation might reasonably arise where the activity is new or unusual.

(ii) Yes, as above.

(iii) Yes.

(iv) Yes.

b) Diplomatic negotiation; recourse to the World Court where both parties already accept or agree to accept the Court's jurisdiction; other forms of peaceful settlement pro-

vided by special agreement between the parties or existing under general international law (include, here, self-help to the extent, and according to the modalities of exercise, permitted by general international law).

14. Yes, especially regional treaties or international regional commissions.

15. Yes, so far as these may be necessary to the effectuation of the general principles already specified.

16. Yes, in the absence of any pre-existing special bilateral agreements or international regional agreements providing for apportionment of the costs and benefits of any particular State activity undertaken on behalf of one or more other States or a group of States in the same region, as, for example, the construction of nuclear power generating plants on or near rivers and lakes. *Edward McWhinney*

5. Observations de M. Charles Rousseau

Paris, 20 février 1977

1. S'il n'existe aucune norme spécifique de droit international interdisant de polluer, on ne saurait cependant en conclure à la licéité de la pollution qui, comme tout dommage causé à autrui, entraîne au moins la nécessité de réparer celui-ci.

2. De cette dernière règle découle bien évidemment la seconde, à savoir que la tolérance constatée jusqu'ici trop souvent en la matière s'explique non par l'inexistence d'une règle générale prohibitive de droit international, mais par la volonté des Etats lésés de ne pas invoquer une telle règle.

3. Le fondement de l'interdiction de polluer réside essentiellement dans les principes généraux régissant les rapports de voisinage (obligation de ne pas causer un préjudice à autrui), accessoirement dans l'appel à la notion de l'abus de droit et au principe de l'égalité du droit d'utilisation des eaux.

4. *De lege lata* le droit à la protection de l'environnement apparaît essentiellement comme un droit des Etats. Il est douteux qu'il constitue un droit de l'homme, sauf dans l'ordre juridique interne, mais il est concevable qu'on apporte une réponse affirmative à cette question *de lege ferenda*.

5. Non, pas pour le moment.

6. Il paraît en effet raisonnable de se rallier pour l'instant à la formule de Stockholm (obligation de diligence).

7. Il paraît nécessaire de limiter l'obligation de diligence à la prévention des seuls dommages «sérieux» ou «substantiels», sans qu'il y ait lieu de dissimuler que cette appréciation n'ira pas sans difficultés.

8. Je ne pense pas que le principe du partage équitable des ressources en eau puisse être considéré comme un critère suffisant en la matière.

9. L'ancienneté d'un fait de pollution ne devrait pas justifier son maintien. La tolérance des tiers ne s'explique pas nécessairement par un acquiescement à l'illicéité du fait dommageable, mais peut aussi trouver un point d'appui dans des considérations d'opportunité sans effet sur la qualification de l'acte.

10. Il n'y a pas lieu de prévoir des règles distinctes pour les pays en voie de développement, en dehors d'une aide financière facultative des Etats industrialisés.

11. Tout à fait d'accord.

12. Réponse affirmative.

13. Les obligations mentionnées sous a) paraissent en effet découler du droit international général. Mais cette constatation n'épuise pas le problème, car il sera difficile de mettre celles-ci en œuvre et notamment d'organiser de manière satisfaisante le recours éventuel de l'Etat victime d'un fait de pollution. On pourrait cependant admettre que, dans le cas où l'Etat victime et l'Etat pollueur auraient tous les deux souscrit à la clause facultative de juridiction obligatoire du Statut de la Cour de Justice internationale, l'article 36 § 2 *litt. c. et d.* trouve application.

14. Oui, certainement.

15. Oui.

16. La réponse affirmative va de soi, mais il est douteux pour l'instant qu'il s'agisse d'autre chose que de l'application à la matière de la pollution du principe général d'après lequel celui qui a causé un dommage doit le réparer. Il reste à aménager la mise en œuvre du principe par voie conventionnelle et la difficulté n'est pas mince. *Charles Rousseau*

6. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern

Cologne, 21 novembre 1977

1. Non.

2. Je conteste l'existence d'une tolérance de la pollution par les pays industrialisés. En effet, au fur et à mesure que ces pays commencent à se rendre compte des grands dangers inhérents à la pollution, ils commencent à prendre des mesures anti-pollution aussi bien dans le cadre de leur droit interne que par des actions internationales.

Il est vrai que celles-ci n'ont pas encore abouti à l'entrée en vigueur de traités anti-pollution très nombreux. Pourtant, vu les protestations véhémentes déclenchées par tous projets d'installer, par exemple, une usine polluante près de la frontière d'un Etat, on ne peut pas dire que la pratique diplomatique actuelle entre Etats industrialisés soit encore prête à tolérer une pollution d'origine transfrontière.

3. a) La théorie de l'abus de droit est une formule sans contenu précis. De quel droit s'agit-il? Et même si on est d'accord sur un tel droit, où en commence l'abus?

b) La notion de servitude me paraît encore moins acceptable. Pour beaucoup de pays, la notion de servitude évoque des souvenirs bien déplaisants (neutralisation de canaux internationaux etc. ...). En outre, cette notion est si étroitement liée à la protection du propriétaire du *praedium dominans* qu'il me paraît malaisé de transposer cette notion dans le domaine de la protection contre la pollution. Dans ce dernier cas, les détenteurs d'autres droits que celui de propriété (par exemple des touristes ayant la nationalité d'un Etat tiers) me paraissent tout aussi dignes de protection.

c) L'idée que je viens d'énoncer influence aussi ma réponse négative à la question 3c), si on essayait de déduire des principes généraux de droit (ayant force de droit international) d'une étude comparée des règles des divers droits internes sur les rapports de voisinage.

Par contre, ma réponse à 3c) serait positive si vous n'entendez ces mots que comme l'expression de la nécessité de bien vivre ensemble en bons voisins. En outre, la formulation de la question 3c) laisse ouvert le problème de savoir quelle loi serait compétente pour établir qu'un préjudice soit vraiment «illégitime».

d) Le principe de l'égalité de droit d'utilisation me paraît très difficile à réaliser en matière de pollution. Il me paraît difficile de polluer deux fois le même fleuve. Un partage

ne serait concevable que si on se mettait d'accord tout d'abord sur le montant total de pollution tolérable et si on partageait ensuite les possibilités de polluer le fleuve jusqu'à cette limite-là d'une façon égale entre les divers Etats riverains.

e) Ma préférence va au principe 21 de la formule de Stockholm modifiée par l'insertion du mot «substantiel» après «dommage».

4. a) Un tel droit serait très souhaitable, mais il n'existe pas encore en droit international *de lege lata*.

b) Ce droit n'a aucun sens même si j'étais prêt à admettre *arguendo* qu'il y a un droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Il me paraît difficile d'imaginer qu'un Etat puisse sacrifier en matière de pollution seulement les intérêts d'une minorité ou majorité opprimée. Si on comprenait cette formule dans un sens encore plus large, elle deviendrait synonyme de la notion de souveraineté. Or, un recours à cette notion est une arme à double tranchant. L'Etat en aval d'un fleuve y verrait la base de son droit de recevoir, comme dans le passé, de l'eau non polluée. Pourtant, l'Etat en amont pourrait y voir l'autorisation de disposer de la richesse naturelle de son fleuve d'une autre façon, c.à.d. de la polluer à son gré.

5. Elle existe peut-être pour des installations nucléaires. Une généralisation de cette solution serait certes souhaitable mais je ne crois pas que les Etats seraient prêts à l'accepter, au moins dans l'immédiat. Peut-être, un renversement des règles de preuve, donc des présomptions d'illicité, pourrait renforcer peu à peu l'acceptation de ce résultat désirable en soi.

6. Pour le moment, ma réponse est donc positive en ce qui concerne votre question 6 (sauf en ce qui concerne des installations nucléaires).

7. Le dommage doit être substantiel.

8. C'est un critère de l'obligation de diligence raisonnable.

9. Non.

10. Il me paraît très dangereux de transposer dans ce domaine des revendications des pays du Tiers Monde soulevées en d'autres domaines. Une accentuation exagérée de la notion de souveraineté ne mène nulle part en matière de pollution. (cf. ma réponse sous 4b). Une «inégalité compensatrice» me paraît tout aussi inacceptable, surtout du fait que les données géographiques sont telles que ces pollutions en général ne risquent de produire des effets que dans d'autres pays du Tiers Monde. Des Etats développés seraient peut-être prêts à accepter une obligation de fournir des aides financières en cette matière-là, si de tels Etats étaient directement menacés par une pollution pareille. Ces Etats trouveraient au moins une certaine contrepartie pour cette aide. Par contre, si les dirigeants, par exemple, d'un pays africain devaient décider à contre-cœur que le maintien d'une cascade serait un luxe trop grand pour leur pays, l'aide d'un pays européen pour le maintien de cette cascade ne saurait être demandée comme un droit, mais seulement comme un acte de bienfaisance.

La situation serait pourtant encore différente si un pays ravagé par un chômage endémique attirait des industries extrêmement polluantes par une législation idoine. Une production pareille fausserait la concurrence de produits similaires provenant de pays ayant adopté des lois favorables à la protection de l'environnement. On pourrait pourtant concevoir l'idée que le pays à chômage endémique ne devrait pas supporter tout seul les coûts d'une harmonisation de sa législation au niveau des pays développés, car après tout, l'industrie de ces pays tire un bénéfice indirect de l'élimination d'une concurrence inégale.

11. Oui. Le caractère illicite de l'acte dépend cependant du fait que la pollution soit substantielle (cf. ma réponse à la question 7).

12. Oui.

13. a) L'Etat projetant un acte susceptible de causer une pollution chez son voisin, doit informer celui-ci avant que les travaux n'aient commencé. Si la question 13 (i) se réfère uniquement au cas de contestation inter-étatique, les règles normales de procédure applicables aux contestations internationales devraient s'appliquer également en cas de pollution, d'où, par exemple, la nécessité d'épuiser les voies de recours de droit interne, celles-ci présupposent naturellement une information adéquate de l'Etat voisin, afin que celui-ci puisse vraiment exercer ces voies de recours en temps utile.

ii. Non. L'Etat riverain disposerait dans ce cas d'un droit de veto absolu concernant tout nouvel usage. Ceci me paraît aller trop loin.

iii. Oui.

iv. Utilisation – le cas échéant – des pouvoirs d'organisations internationales.

b) Des recours offerts par le droit international: appel à l'O.N.U., rétorsion, représailles.

14. Qui. Notre Institut pourrait approfondir ces principes, surtout avec l'aide de nos confrères s'intéressant plus particulièrement au droit international privé. J'aimerais insérer à la tête de votre liste l'obligation d'une meilleure coordination des efforts entrepris en ce domaine par diverses organisations internationales.

15. Oui.

16. J'hésite un peu à répondre «oui». L'O.C.D.E. ne conçoit ce principe pollueur-payeur que comme une règle économique et non comme une règle de responsabilité juridique, soit de droit international, soit de droit interne. Serions-nous qualifiés en tant que juristes pour en discuter les implications? Il me paraît, par exemple, que l'octroi de subventions étatiques puisse en certains cas offrir une meilleure protection de l'environnement que la tentative d'assurer cette protection par les mécanismes d'une économie de marché, donc par l'augmentation des prix finaux du produit dont la production est polluante.

Une telle discussion devrait tenir compte également de la préoccupation de beaucoup de gouvernements de lutter contre le chômage et contre la crise de l'énergie. En outre, le principe pollueur-payeur ne peut pas apporter une solution aux problèmes des pollutions dans les pays en voie de développement. *Ignaz Seidl-Hohenveldern*

7. Observations de M. José Sette-Câmara

Question 1. My opinion is that there is no rule of general international law prohibiting the pollution of international watercourses. It is a problem pertaining to the field of responsibility of States, and the old principle *sic utere tuo ut alienum non laedas* is still considered by State practice and learned writers as the main source from which the liability of the polluter States derives. On the other hand, there are no decisions of tribunals on the specific point of water pollution. Even the *Trail Smelter Case* has a bearing on water pollution only by analogy, because it dealt with an instance of air pollution occurring between the United States and Canada.

Question 2. I do not think we have to resort to considerations such as the "tolerance" of States to ascertain the absence of the rule prohibiting pollution in general international

law. To my eyes, there is no such norm of customary international law, and therefore there is no question as to whether there is the will to invoke it or not.

Question 3. I believe that the problem of pollution is a chapter of State responsibility, and I follow the majority of opinions in the sense that the old rule *sic utere tuo* is at the root of the imputability for any damage caused by pollution regarding another State, and it remains as the major foundation for any rule to be developed on the prevention of pollution. Of course the principle *sic utere tuo* does not exclude the play of some of the other principles listed in paragraphs «a» to «e» of Question 3. For instance, it is perfectly compatible with principle 21 of the Stockholm Conference. Indeed principle 21 is nothing but a modern and updated formula of the old *sic utere tuo*. As to the other principles mentioned in the paragraphs of Question 3, namely, neighbourhoodship, abuse of rights, international servitudes, they are discarded, one by one, by *Anthony Lester* ("Pollution", in "The Law of International Drainage Basins" ed. Garretson, Hayton, Olmstead, New York, 1967, pp. 67 und 68).

Question 4. I am prepared to accept environmental protection as a sort of human right, and such protection as a limitation on the right of peoples to exploit their natural resources, as general principles, but I am skeptical as to the utility of introducing any lofty formulations of that kind in our future draft, unless an effective machinery of enforcement can actually be conceived.

Question 5. If the point of departure of a future draft should be the rule of prohibition of pollution, the act or the omission of the State which permits polluting activities in its territory, causing extra-territorial damage, constitutes in itself an illicit act from which responsibility arises. It would be difficult to establish whether the original act, more frequently perpetrated by individuals, was licit or illicit. I think that in a future draft the question of objective responsibility for risk should not be raised for the time being, especially since the work of the ILC on this specific topic has only just begun.

Question 6. I agree that the contents of the obligation of States regarding their responsibility for extraterritorial pollution is an obligation of conduct and not an obligation of result. Such obligation engages responsibility by the simple failure to adopt the prescribed and agreed upon conduct, regardless of the existence of any delictual fact.

Question 7. In various contexts of conventional law, different words are used to qualify the pollution from which responsibility results: "sensible pollution", "serious pollution", etc. All those concepts involve a certain degree of subjectivity and are not clearly established. But there is no doubt that a certain pattern of pollution which causes prejudice to the equitable utilization of water is indispensable to qualify the State in cause for a claim of reparation.

Question 8. The principle of equitable utilization is rather vague and its concrete consequences are to be established in each specific case. But the principle of equitable utilization is of importance, both for ascertaining the diligence of State in avoiding pollution, and establishing the limits of substantial pollution.

Question 9. I think it is irrelevant to establish a distinction between an old form of pollution and a recent one, so as to ascertain responsibility. As it has been said, there are no vested rights of polluting the water, no *usucapio* that would, by the simple lapse of time, convalesce the wrongful act of causing pollution.

Question 10. It is a well known fact that the high level of pollution of the rivers and lakes that exists today is, in most cases, a by-product of industrialization. But sewage disposal and irrigation affect, in an unbearable way, the quality of water in developing

countries as well. *De lege lata* there is no rule benefitting developing countries in the context of pollution. But *de lege ferenda*, I believe that we should consider the inclusion in a future draft of special principles concerning developing countries. It is not that the right to pollute should be given to them. But certain patterns of control and abatement of pollution which are extremely costly to maintain should not be applied to developing countries in a rigid way, on the same level as industrialized countries.

Furthermore, a recommendation in the sense that industrialized countries should give special support to developing countries to control and abate water pollution would be welcomed by the great majority of the members of the international community.

Question 11. Of course I am of the opinion that responsibility for an unlawful act exists once the international obligation of preventing pollution is breached. But, as I said in my reply to Question 1, so far, it is doubtful whether there are any rules of general international law in this field. On the other hand, there is no doubt that the breach of the obligation emanating from particular international law provisions of treaties or conventions will forthwith engage State responsibility.

Question 12. The State will be responsible for pollution caused by individuals when it fails to control the activities of such individuals in order to preserve the quality of water. In practice it seems to me that the responsibility of the State might occur in the majority of cases, because the complicity of the State for failure *in vigilando* could seldom be dismissed.

Question 13. The obligation of warning, information, previous consultation or agreement for the use of new pollutants might exist, but only if established by treaty. Peaceful settlement of disputes is a general obligation emanating from Article 33 of the Charter of the U.N. Cooperation remains in the field of *comitas* unless it arises from treaties. As far as paragraph "b" is concerned, I believe that the remedies to be resorted to are the ordinary remedies established in the field of responsibility, namely, compensation and reparations for direct and indirect losses. The offending State may be forced by injunction to abate the level of pollution, and to employ all its resources to correct a situation of nuisance to another State.

Question 14. I think it would be appropriate for the Institute draft to include a recommendation to States to co-operate through different forms. International Commissions and treaties have proved especially useful in years past.

Question 15. I do not feel it to be indispensable in a very specialized draft such as the one we envisage, to include general rules already prevailing in other fields and widely applied, like non-discrimination and equality of access to tribunals.

Non-discrimination lacks a convincing basis in the practice of States, jurisprudence and doctrine. Besides, national legislation against pollution is still scarce and varies from place to place. If we apply the principle, it could occur that *a contrario sensu*, it could end up as a protection of future polluters who could invoke the benefits of perfunctory local legislation against more severe provisions elsewhere.

Question 16. I have some doubts as to whether such a principle has a place in any attempt towards the codification or the progressive development of general norms regarding pollution. It could lead to the wrong impression that the remedies for redressing the harm done would always be confined to pecuniary reparations. Apart from some texts produced by O.E.C.D., neither the practice of States, nor judicial decisions or writings of jurists have sustained this principle, at least as far as I know. *José Sette-Câmara*

8. Observations de M. Haroldo Valladão

Rio, le 29 mars 1978

1. Non. Je crois qu'il existe déjà en droit international général un *droit coutumier, interdisant de polluer.*

Cette interdiction a été reconnue de valeur juridique incontestable, dans tout le monde, ces dernières années, soit dans le droit interne, incluse dans les décisions des cours de Justice, soit dans le droit international lors de conventions spéciales (celle de Bruxelles, 20 novembre 1969, contre la pollution en haute mer et dans la zone côtière) et même régionales (par exemple, pour notre sujet, celles d'Etats allemands, l'Autriche et la Confédération Helvétique, de la France et la Suisse, sur les lacs de Constance et le Léman). Elle a été reconnue par les nombreuses résolutions et conférences unanimes des Etats membres de la Communauté internationale; par la doctrine et aussi dans la pratique habituelle des Etats. Le couronnement final a été la Déclaration de la Conférence des Nations Unies, de Stockholm, 1972, sur l'environnement.

Je me rappelle le comportement exemplaire de la Finlande, lorsque, en 1975, des navires finlandais sont partis pour déposer des résidus nucléaires dans l'Océan Atlantique, entre l'Afrique et l'Amérique du Sud. Donnant suite aux protestations du Brésil et d'autres Etats, la Finlande a immédiatement fait retourner ses navires avec les dits résidus.

Dans plusieurs pays, la législation interne impose des peines (au Brésil la Loi 5357 du 17 novembre 1967) pour les navires maritimes ou fluviaux, étrangers ou nationaux, qui déchargent leurs huiles de vidange le long des côtes du Brésil ou dans les fleuves ou lacs. Et cette législation couramment appliquée n'a pas fait l'objet de protestations de la part des Etats étrangers.

Remarquons que notre Institut lui-même a reconnu l'obligation internationale des Etats de prévenir les pollutions par la Résolution sur la Pollution des milieux marins (Ann. 1969, v. 53, II, p. 363/4, session d'Edimbourg).

2. Je confirme ma réponse négative donnée à la question 1. Certaine tolérance qu'on dit avoir seulement constatée peut être expliquée par la volonté de ne pas invoquer la norme juridique internationale (coutumière).

3. Le fondement de l'interdiction de polluer se rencontre dans le principe universel, de tout le droit du XXe Siècle, de la condamnation de l'*abus* du droit. Dans le Projet brésilien d'un Code d'Application des Normes Juridiques, je l'ai introduite dans cette formule qui n'a pas été contestée: «*Condamnation de l'abus du droit. Article 11:* Ne sera pas protégé le droit qui, exercé par action ou omission, cause un préjudice au prochain, ou qui a été exercé de manière égoïste, excessive ou anti-sociale».

4. Numéros 3 et suivants: Ce sont des développements de nombreuses *questions supplémentaires, subsidiaires,* très intéressantes, *mais liées aux principes de base* développés aux n°s 1, 2 et 3, ci-dessus.

Je crois que notre éminent Rapporteur pourra les considérer et nous présenter par la suite des propositions (en certains cas même, s'il le veut, optionnelles).

Haroldo Valladão

9. Observations de M. Jan H. W. Verzijl

Utrecht, le 22 février 1978

1. Aucunement. J'estime, au contraire, qu'il n'y a aucun doute qu'il existe une norme de droit international général interdisant de polluer le milieu. Si la communauté internationale ne reconnaissait pas une telle norme fondamentale, elle pourrait aussi bien biffer dans le Statut de la Cour internationale de Justice «les principes généraux de droit» comme base de ses jugements. Au surplus, la jurisprudence judiciaire ou arbitrale a reconnu la norme générale dans des cas concrets, soit de pollution de fleuves *(Mississippi, Missouri v. Illinois)*, soit de pollution de l'air *(Trail Smelters* case).

Vous comprendrez que cette prise de position en quelque sorte domine mes réponses à beaucoup de vos autres questions.

2. Aucunement. J'admets que jusqu'ici une certaine tolérance s'est manifestée, mais je conteste que ce fait prouve la non-existence d'une norme de droit international général interdisant de polluer. Maintenant que le degré de pollution des fleuves et des lacs empire de plus en plus – pensons seulement au Rhin –, une conviction croissante des Etats et des peuples directement intéressés demande une intervention urgente à fin de faire respecter la norme, dont d'ailleurs l'existence n'est sérieusement niée par personne. Ce sont spécialement le facteur compliquant que l'Etat «pollué» est souvent lui-même un Etat «polluant» et l'incertitude au sujet des conséquences juridiques concrètes de la norme de base et du choix de la juridiction à invoquer qui retardent une solution définitive du problème. Mais pour ce dernier facteur de nouvelles perspectives viennent de s'ouvrir, au moins dans le cercle de la Communauté Economique Européenne.

3. A mon avis votre point *c* est décisif: ce sont les rapports de voisinage qui impliquent la défense de polluer.

Quant au point *a*, je rejette l'idée d'un «abus de droit» parce que cette notion, en général, me paraît être un concept juridique foncièrement erroné: un droit subjectif n'inclut jamais la liberté d'en abuser; dans les cas où la doctrine incline à admettre la possibilité d'un «abus de droit», elle donne au droit supposé une portée qui dépasse de beaucoup les limites de son contenu véritable.

Quant au point *b*, je remarque que, bien que je n'aie aucune objection à admettre l'existence de situations légales exceptionnelles, créées par un titre spécial, présentant le caractère d'un *praedium dominans* opposé à un *praedium serviens*, et susceptibles de transfert en cas de succession d'Etats, je ne vois aucune utilité à appliquer le concept de «servitude» à des situations d'extension mondiale et ne reposant sur aucun titre spécial.

Le point *d* me paraît trop vague pour pouvoir servir de fondement à la norme, mais le point *e* pourrait être invoqué à l'appui de celui indiqué *sub c*.

4. Je n'attache pas beaucoup d'importance à ces deux constructions juridiques, mais je suis prêt à concéder qu'un nouveau droit objectif demandant la protection de l'environnement est en train de surgir dans la communauté internationale.

5. La thèse d'une «obligation absolue» en la matière me paraît un peu trop absolue, et je ne vois pas de raison spéciale pour introduire dans ce domaine le concept de risque.

6. Je puis très bien me retrouver dans cette formule générale.

7. Avec cette question commencent les difficultés pratiques que la réalisation *in concreto* de la norme – base dans le droit international positif – fait naître. On ne peut pas formuler de trop grandes exigences, ni en ce qui concerne la mesure du dommage qui

puisse donner lieu à une demande en réparation, ni en ce qui concerne la forme et le montant de la réparation due. Le dommage doit être substantiel. Mais il n'y a rien de particulier dans cette suggestion dans le domaine qui nous occupe: la pratique en matière de délits internationaux présente nombre de cas dans lesquels les mêmes questions de fait doivent être résolues.

8. Je ne vois rien d'incompatible entre les deux principes énoncés.

9. Etant donné qu'une pollution substantielle de rivières ou de lacs communs a toujours constitué une action illégale, je ne vois pas de motif pour faire une distinction entre pollutions anciennes et nouvelles: la perpétration d'un acte illégal ne saurait être reconnue comme créant un droit acquis.

10. Les règles doivent être les mêmes, mais on peut imaginer des cas exceptionnels où la situation donnerait lieu à certaine aide financière – une autre *quaestio facti.*

11. Parfaitement d'accord.

12. Sans aucun doute.

13. *sub a)*. On ne doit pas exagérer la rigueur des obligations concrètes qui pèsent sur les Etats en la matière qui nous occupe. Un Etat qui va encourir le risque d'être accusé de commettre l'acte illicite de pollution contre d'autres Etats agirait raisonnablement s'il consultait d'avance ces derniers et s'il tâchait d'obtenir leur consentement ou de s'entendre avec eux sur les conditions de précaution qui doivent être remplies, mais je ne crois pas que cela puisse être énoncé comme une obligation internationale stricte. Le défaut de consultation et de négociation préalables peut, cependant, aggraver sa responsabilité internationale.

Il existe naturellement, en vertu de l'article 33 de la Charte une obligation générale de régler pacifiquement les différends auxquels une pollution peut donner lieu, mais j'ai toujours estimé que cet article 33, invoqué *ad nauseam*, est sans valeur pratique, précisément parce qu'il n'oblige les Etats à aucune procédure spécifique et qu'il donne, au contraire, lieu à de nouveaux différends sur le choix de la procédure à suivre.

En matière de pollution il serait vraisemblablement recommandable de soumettre les controverses possibles de nature juridique à la Cour internationale de Justice ou à un tribunal arbitral appelé à baser sa décision sur le droit positif, et certains autres éléments du différend – tels que la «substantialité» du dommage, les mesures requises pour arrêter la pollution, ou la détermination de la forme et du montant de la réparation due – à une instance qui soit investie du pouvoir plus ample de décider *ex aequo et bono.*

13. *sub b)*. C'est une question à laquelle il n'est guère possible de donner une réponse concrète. On peut imaginer toute une échelle de recours: arbitrage international, procédure de conciliation ou d'enquête, règlement judiciaire, tant sur le plan inter-étatique ou «communautaire», que sur celui de la procédure nationale (soit devant les cours de l'Etat «pollué», soit devant celles de l'Etat «pollueur»), et allant jusqu'à l'application de mesures de rétorsion ou de représailles.

14. Une telle recommandation serait vraisemblablement souhaitable. Elle pourrait inclure tous les éléments que vous énumérez. Mais je ne vois pas très bien comment elle pourrait suggérer plus que des généralités.

15. La notion de discrimination a toujours un «arrière-goût» déplaisant. Mais y a-t-il vraiment raison d'aborder ce problème dans le cadre des travaux de notre Commission? J'en doute.

16. Le principe pollueur – payeur est certes correct en principe, mais c'est un principe

tellement général qu'il serait recommandable de ne le faire figurer que dans le préambule de la résolution à proposer – sous la forme suivante, par exemple: «Considérant que l'Etat polluant est, en principe, tenu à supporter les frais causés par les mesures nécessaires à remédier aux effets nuisibles de la pollution...». *J. H. W. Verzijl*

10. Observations de M. Karl Zemanek

Vienna, December 12, 1977

1. No.

2. Neither. I think that the reasons why states do not invoke the rule are complex. If a state has tolerated the pollution of its waters by other states for a certain time, it may find it difficult to demand, at a given moment, either its termination or reparation for damages caused; the more so since in most cases it will be guilty of the same offence and, therefore, open to the argument of "*tu quoque*". Yet, it does not appear that this purely practical reasons for not invoking the rule at present are evidence for its non-existence.

3. The basis of the rule lies in the principles enumerated under a, c, and e, which originate from the same source: sovereign equality of states. At least since the Charter of the U.N., principle d is an additional basis.

4. a) This is a possibility but, at least until now, that right has not been recognized internationally.

b) Yes (see 3).

5. No. All instances in international law of absolute liability for "ultra hazardous activities" have a conventional basis (*e.g.* nuclear energy, outer space). It does, therefore, not yet "exist" in the case of water pollution, though it could be established by a future convention.

6. Absolutely.

7. Generally by any damage. For practical reasons and *de lege ferenda* one could, however, envisage to specify a minimum level.

8. Yes, with qualifications.

One has to take into account that it is practically impossible to prevent *any* pollution in a river that runs for several hundred or more kilometers. It would, therefore, be advisable to state a minimum level below which pollution, although technically existent, would not legally be taken into account and would, thus, not entail liability.

It is for this reason that I have suggested the term "Water grade" as a convenient means. Many national legislations describe already the *quality* of water by grades (A, B, etc.). Each grade is defined by an upper and a lower limit, permitting thus an alteration *within* these limits.

One could, for instance, state that, if state X receives a given river with grade A water on its frontier, pollution in a legal sense occurs when the water changes the grade on its territory and is thus transmitted in a lower quality to the next neighbour. This solution presupposes, however, an internationally accepted definition of the quality of water, expressed in grades.

9. In principle, no to both questions (see 2).

However, in *eliminating* long-existing causes of pollution one has probably to proceed in steps, since in some cases that may require considerable investments which may not be

readily available. A certain time for their elimination should, therefore, be allowed; time, during which their existence would not entail reparation for damages.

This should, however, apply only to pollution on a constant level, due to waste water from human habitations and industry, not to emissions caused by accidents which raise the level of pollution momentarily. In the latter cases reparation for damages caused should be due under any circumstances.

10. I am not convinced that such rules *exist*, though they could be proposed *de lege ferenda*. Whether it is advisable to propose one of the suggested alternatives should be examined *after* the Commission has agreed on the main body of rules, because it will only then be possible to determine whether separate rule for developing nations are necessary and what their content should be.

11. Yes (see, however, the qualifications under 7, 8, and 9).

12. Yes, this is a consequence of principle e in question 3.

13. a) One can probably go so far as to say where a *new major* source of pollution is contemplated (*e.g.* a nuclear plant emitting cooling water into a frontier river), there exists already an international obligation to inform and to consult but, considering the formulations in the "Friendly relations" declaration of the U.N. General Assembly, one cannot, in my opinion, stretch the existing law any further.

b) It may use the means of Article 33 of the U.N. Charter and those of any other treaty on the settlement of international disputes to which it and the other state are parties.

14. Yes, especially in view of my answers to 8, 9, and 13a.

15. No, though not for reasons of principle. The recommendation would simply not be in line with the rest of the provisions which concern relations between states, since it relates to a quasi human right. It should, if at all, have its place elsewhere.

16. No. As far as liability among states is concerned, it should be defined in precise terms. In formulating these terms the suggested principle can be taken into account, but it should not be mentioned as such. For the rest, it should be left to each state to decide in what way it distributes the costs for preventing pollution among its nationals.

Karl Zemanek

11. Observations de M. Piero Ziccardi

Milan, 10 mars 1978

1. Non: j'estime qu'une règle spécifique est en voie de formation, s'appuyant sur des règles générales préexistantes.

2. Voir ci-dessus.

3. Oui: surtout celles évoquées *sub* a), d), e).

4. Incertain: mon option serait qu'il s'agit, dans le cadre du système des N.U., d'un droit de peuples auquel correspond une obligation des Etats.

5. Non.

6. Oui.

7. Le dommage devrait être «substantiel».

8. Tous les deux.

9. Non: il s'agit plutôt d'envisager des mesures transitoires.

10. Les règles sont les mêmes, mais il convient d'envisager des mesures de soutien pour les Pays en voie de développement.

11. Oui.

12. Oui.

13. a) l'obligation de négocier et de régler pacifiquement le différend (art. 33 Charte).

b) des moyens généraux de recours selon le Ch. IV de la Charte, à part ceux prévus par des règles conventionnelles.

14. Certainement oui.

15. Bien sûr.

16. Oui: selon les nouvelles tendances en matière de responsabilité, excluant l'élément de la faute.

Piero Ziccardi

12. Observations de M. Jaroslav Žourek

Genève, 25 février 1978

1. Non.

2. L'attitude d'extrême tolérance dont font preuve la plupart des Etats industrialisés, à l'égard de la pollution des eaux à l'échelle nationale, explique suffisamment pourquoi ces Etats se gardent bien d'invoquer les règles du droit international dans ce domaine.

3. C'est le principe de l'utilisation non dommageable du territoire (principe 21 de la Déclaration de Stockholm) qui doit former la base juridique.

4. Le principe mentionné sous 3 doit être interprété de nos jours comme étant un droit fondamental de l'homme comprenant le droit à la protection de l'environnement.

5. J'estime qu'il est possible d'établir en se basant sur les principes généraux du droit international une obligation objective des Etats (responsabilité pour le résultat). Seule une formulation claire de cette règle serait de nature à pousser les gouvernements à prendre des mesures efficaces contre la pollution des eaux.

6. Cette conception me semble tout-à-fait insuffisante. La notion élastique de «diligence raisonnable» constitue une échappatoire commode pour tout Etat fautif. Vu les dangers que fait peser la destruction du milieu naturel sur des populations entières, il me paraît inacceptable de diluer la responsabilité par la notion de «diligence raisonnable». Cela me semble d'autant moins admissible que la technique moderne est suffisamment avancée pour qu'il soit possible de prévenir tous les cas de pollution des eaux par les entreprises industrielles. Pourrait-on accepter une telle limitation de la responsabilité internationale dans le cas d'une pollution causée par une centrale nucléaire?

7. Sans objet étant donné ma réponse à la question n° 6.

8. Le principe de partage équitable des ressources en eau ne saurait jamais prévaloir sur les règles interdisant la pollution. Il serait désirable d'énoncer clairement cette vérité dans le règlement à préparer. Il ne faut pas oublier qu'une violation de la règle interdisant la pollution constitue en même temps une violation des droits de l'homme et que ce ne sont pas seulement les Etats qui sont en cause.

9. Il n'y a aucune commune mesure entre la pollution ancienne et la pollution nouvelle qui, en l'espace d'une génération, a transformé tous les grands fleuves en égouts, continue de dégrader l'atmosphère à tel point que des monuments historiques qui avaient subsisté plus de deux mille ans menacent ruine de nos jours et est responsable de la disparition de la vie dans de larges portions de la mer, sans parler des dangers de la pollution nucléaire qui menace les générations futures, puisque l'on s'est lancé dans le nucléaire sans avoir résolu le problème vital pour l'humanité, celui des déchets radioactifs. Comme les

moyens de pollution et leur degré de nocivité ont complètement changé, il me paraît impossible d'en profiter pour légaliser la pollution ancienne qui était une tolérance et pas un droit.

10. Pour des raisons juridiques aussi bien que politiques il me paraît impossible d'admettre l'existence de règles distinctes pour les pays en voie de développement. Les règles à codifier doivent être les mêmes pour tous les Etats. Dans le cadre de la construction du nouvel ordre économique international les Etats industrialisés doivent aider dans les limites de leurs moyens les pays démunis à prévenir la pollution des eaux ou à lutter contre celle-ci dans le cas où elle existe déjà.

11. La responsabilité de tout Etat dans ce domaine naît de la transgression d'une obligation de ne pas polluer, que cette obligation découle d'une règle conventionnelle ou d'une norme du droit international général. A ce sujet, il faut fortement souligner qu'en dehors des normes formellement énoncées les présuppositions et les conséquences logiques des règles du droit international font également partie du droit international.

12. L'Etat est responsable également des activités dommageables accomplies par les sociétés et personnes privées qui se trouvent sous sa juridiction. Il est tenu de prendre des mesures législatives et administratives nécessaires pour assurer un contrôle efficace dans ce domaine.

13. Comme toute pollution des eaux affecte dans de nombreux cas une large portion de la population et dans certains cas même la communauté internationale tout entière (pollution de la haute mer), les Etats devraient échanger des informations sur l'état de pollution des fleuves et des lacs tombant sous leur juridiction et informer notamment l'opinion publique par des moyens appropriés dans les cas où survient une pollution sur une grande échelle ou particulièrement dangereuse. Toutefois, la pratique des Etats ne permet pas de conclure qu'une telle obligation fasse déjà partie du droit international général. Par contre l'obligation générale de régler par des moyens pacifiques les différends internationaux s'applique sans aucun doute également aux litiges concernant la pollution.

Une obligation de coopération existe certainement en ce qui concerne la constatation de l'état de pollution des fleuves et des lacs et la mise en œuvre de moyens tendant à faire cesser cette pollution. La possibilité d'obtenir le consentement d'un autre Etat pour un usage nouveau polluant me paraît exclue. Un accord de deux ou plusieurs Etats ne saurait légitimer une violation des droits de l'homme.

14. Il faudrait surtout recommander la création à brève échéance, dans le cadre des Nations Unies, d'un organe de contrôle international, composé de membres élus *ad personam* par l'Assemblée générale des Nations Unies sur la proposition des organisations écologiques, nationales et internationales. Sans un tel organe de contrôle, toutes les règles élaborées par la communauté internationale pour lutter contre la pollution, n'auront que très peu d'efficacité. Il ne faudrait nourrir aucune illusion là-dessus.

15. Comme il s'agit de principes universellement reconnus, il suffirait de les rappeler dans le préambule de notre projet.

16. L'obligation de payer des dommages-intérêts pour les actes dommageables doit nécessairement trouver place dans la réglementation à élaborer. C'est une sanction pratique très efficace d'une violation de l'obligation de ne pas polluer. Quant à la forme de ces dommages-intérêts et autres questions techniques, il faudrait les réserver à une étude ultérieure de la part de notre Commission.

Jaroslav Žourek

Annexe IV

Liste des conventions consultées

Les sources utilisées et les abréviations que nous avons utilisées sont les suivantes:

American Journal of International Law: A.J.I.L.

Basdevant, J., Recueil des traités et conventions en vigueur entre la France et les puissances étrangères: Basdevant.

International Legal Materials: I.L.M.

Journal officiel de la République française: J.O.R.F.

Journal officiel des Communautés européennes: J.O.C.E.

Martens, G. F. de, Nouveau Recueil général de traités: N.R.G.

Moniteur belge: M.B.

Nations Unies, Commission du droit international, Problèmes juridiques que posent les utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation: Rapport supplémentaire présenté par le Secrétaire général du 25 mars 1974: A/CN.4/274.

Nations Unies, Recueil des Traités: R.T.N.U.

Nations Unies, Série législative des Nations Unies, Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation: S.L.N.U.

O.E.A., Rios y lagos internacionales (utilización para fines agrícolas e industriales), Cuarta edición: OEA/CIJ 75 Rev. 2.

Parry, C., The Consolidated Treaty Series 1648–1918: Parry.

Revue générale de droit international public: R.G.D.I.P.

Ruster (Bend) et *Simma (Bruno)*, International Protection of the Environment, Treaties and Related Documents: I.P.E.

Société des Nations, Recueil des Traités: R.T.S.D.N.

United States Treaties and Other International Acts: U.S.T.O.I.A.

Date	Intitulé et parties	Sources
11 juillet 1868	Acte final de délimitation de la frontière internationale des Pyrénées (France–Espagne)	Parry, v. 137, 373 S.L.N.U., nº 186, 674
9 décembre 1869	Convention concernant la pêche dans le Rhin entre Constance et Bâle (Grand-Duché de Bade et Suisse)	N.R.G., 1ère série, v. 20, 166 Parry, v. 140, 137
25 mars 1875	Convention concernant la pêche dans le Rhin (Grand-Duché de Bade–Suisse)	N.R.G., 2e série, v. 2, 60 Parry, v. 149, 141
28 décembre 1880	Traité entre la France et la Suisse pour réglementer la pêche dans les eaux frontières	N.R.G., 2e série, v. 9, 111 Parry, v. 157, 292
8 novembre 1882	Traité entre la Suisse et l'Italie pour réglementer la pêche dans les eaux frontières	N.R.G., 2e série, v. 9, 564 Parry, v. 161, 1
9 août 1883	Convention pour régler la pêche dans le lac de Garde entre l'Autriche–Hongrie et l'Italie	N.R.G., 2e série, v. 11, 598 Parry, v. 162, 309
30 juin 1885	Traité portant règlement de la pêche dans le bassin du Rhin (Allemagne–Pays-Bas–Suisse)	N.R.G., 2e série, v. 11, 561 Parry, v. 166, 245
18 mai 1887	Convention arrêtant les dispositions uniformes sur la pêche dans le Rhin et ses affluents, y compris le lac de Constance (Suisse–Grand-Duché de Bade–Alsace-Lorraine)	N.R.G., 2e série, v. 14, 360 S.L.N.U., nº 113, 397 Parry, v. 169, 253
1er mars 1889	Convention U.S.A.–Mexique concernant la ligne de frontière dans le cours des fleuves Rio Grande et Rio Colorado	N.R.G., 2e série, v. 18, 553 S.L.N.U., nº 74, 229
5 novembre 1892	Convention relative à la réglementation de la pêche dans les eaux frontières (Grand-Duché de Luxembourg–Emp. all.)	N.R.G., 2e série, v. 24, 153 S.L.N.U., nº 200, 719
5 juillet 1893	Convention entre l'Autriche–Hongrie, Bade, Bavière, Liechtenstein, Suisse, Wurtemberg, arrêtant des dispositions uniformes sur la pêche dans le lac de Constance	S.L.N.U., nº 114, 403
3 juillet 1897	Convention Bade–Suisse, concernant la pêche dans le lac inférieur de Constance et le Rhin	S.L.N.U., nº 218, 778

Date	Intitulé et parties	Sources
2/22 février 1901	Convention Roumanie–Russie concernant la pêche dans les eaux du Danube et du Pruth	N.R.G., 2e série, v. 30, 487
29 novembre 1901	Convention Bulgarie–Roumanie concernant les mesures à prendre pour la conservation et l'exploitation de la pêche dans les eaux du Danube	N.R.G., 2e série, v. 33, 277
15 janvier 1902	Convention Roumanie–Serbie concernant l'exploitation et la conservation des pêcheries dans la partie frontière du Danube	N.R.G., 2e série, v. 30, 642
9 mars 1904	Convention entre la France et la Suisse pour réglementer la pêche dans les eaux frontières	N.R.G., 2e série, v. 33, 501 S.L.N.U., nº 196, 701
26 octobre 1905	Convention concernant les lacs et cours d'eau communs Norvège–Suède	N.R.G., 2e série, XXXIV, 710
13 juin 1906	Convention entre la Suisse et l'Italie relative au lac de Lugano	N.R.G., 2e série, v. 35, 471 S.L.N.U., nº 230, 839
16/29 octobre 1907	Convention Roumanie–Russie concernant la pêche dans les eaux du Danube et du Pruth	N.R.G., 3e série, v. 1, 907
6 avril 1908	Déclaration Espagne–France, relative à l'exercice de la pêche dans la Bidassoa	N.R.G., 3e série, v. 3, 256
11 janvier 1909	Traité relatif aux eaux limitrophes et aux questions originant le long de la frontière entre le Canada et les Etats-Unis	N.R.G., 3e série, v. 4, 208 S.L.N.U., 79, 261
17 décembre 1914	Convention France–Italie pour l'utilisation des eaux de la rivière La Roya et ses affluents	Basdevant, v. 2, 810
29 juin, 3/4 juillet 1920	Echanges de notes Finlande–Norvège concernant le règlement de la pêche dans les eaux du Tana	R.T.S.D.N., v. 1, 318
10 avril 1922	Convention relative au règlement de la question des eaux et des digues à la frontière germano-danoise	R.T.S.D.N., v. 10, 200 S.L.N.U., nº 166, 577
28 octobre 1922	Convention entre la Finlande et l'U.R.S.S. concernant le maintien des chenaux principaux et la réglementation de la pêche dans les eaux limitrophes de la Finlande et de la Russie	R.T.S.D.N., v. 19, 193 S.L.N.U., nº 173, 642

Date	Intitulé et parties	Sources
6 novembre 1922	Dispositions relatives à la frontière commune à la Belgique et à l'Allemagne	S.L.N.U., nº 118, 412 N.R.G., 3e série, v. 14, 834
28 avril 1923	Accord Italie–Autriche concernant les relations économiques entre les zones de frontières des deux Etats	S.L.N.U., nº 130, 484
14 avril 1924	Convention entre la Hongrie et la Roumanie concernant le régime des eaux des territoires limitrophes et la liquidation des syndicats de défense contre les inondations coupés par la frontière	R.T.S.D.N., v. 46, 42
14 février 1925	Convention entre la Norvège et la Finlande concernant le flottage du bois sur le Pasvik	R.T.S.D.N., v. 49, 393
14 août 1925	Traité franco-allemand portant délimitation de la frontière	R.T.S.D.N., v. 75, 104 S.L.N.U., nº 178, 657
10 décembre 1927	Convention Allemagne–Pologne concernant le droit de pêche dans les eaux frontières	N.R.G., 3e série, v. 30, 291
29 janvier 1928	Convention entre le Reich allemand et la Lithuanie relative à l'entretien et l'administration des eaux limitrophes	R.T.S.D.N., v. 89, 337
14 novembre 1928	Convention concernant des questions découlant de la délimitation de la frontière entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie	R.T.S.D.N., v. 110, 425
12 décembre 1928	Traité Autriche–Tchécoslovaquie concernant le règlement des questions juridiques en relation avec la frontière	R.T.S.D.N., v. 108, 10
20 février 1929	Traité de paix, d'amitié et d'arbitrage entre la République dominicaine et Haïti	R.T.S.D.N., v. 105, 216 S.L.N.U., nº 68, 225
11 mai 1929	Convention Norvège–Suède au sujet de certaines questions relatives au régime juridique des eaux	R.T.S.D.N., v. 120, 264
25 octobre/ 7 novembre 1929	Arrangement concernant la frontière commune entre l'Allemagne et la Belgique	R.T.S.D.N., v. 121, 328

Date	Intitulé et parties	Sources
25 janvier 1931	Convention entre la Lettonie et la Lithuanie relative à l'exploitation de la pêche dans les eaux limitrophes	R.T.S.D.N., v. 118, 184
14 décembre 1931	Convention générale concernant le régime des eaux, conclue entre la Roumanie et la Yougoslavie	R.T.S.D.N., v. 135, 32
10 avril 1932	Convention entre la Pologne et l'U.R.S.S., concernant les rapports juridiques à la frontière politique	R.T.S.D.N., v. 141, 349
22 novembre 1934	Accord Belgique–Grande-Bretagne relatif aux droits fluviaux à la frontière entre le Tanganika et le Ruanda-Urundi	R.T.S.D.N., v. 190, 104 S.L.N.U., n° 4, 97
21 avril 1938	Convention Finlande–Norvège concernant la nouvelle réglementation de la pêche dans le fleuve Tana	R.T.S.D.N., v. 188, 232
5 août 1942	Accord entre la Colombie et le Venezuela sur le statut du régime frontalier	O.E.A./C.I.J. 75 rev. 2, 452 S.L.N.U., n° 67, 225
3 février/ 14 novembre 1944	Traités Mexique–Etats-Unis relatifs à l'utilisation des eaux des rivières Colorado, Tijuana et Rio Grande et protocole	R.T.N.U., v. 3, 320 S.L.N.U., n° 77, 236
8 juillet 1948	Accord entre la Pologne et l'U.R.S.S. concernant le régime de la frontière entre les deux pays	R.T.N.U., v. 37, 66 S.L.N.U., n° 240, 887
18 août 1948	Convention relative au régime de la navigation sur le Danube	R.T.N.U., v. 33, 196 S.L.N.U., n° 121, 420
9 décembre 1948	Accord U.R.S.S.–Finlande relatif au régime de la frontière soviéto-finlandaise	R.T.N.U., v. 217, 135
25 novembre 1949	Traité Roumanie–U.R.S.S. concernant le régime de la frontière	S.L.N.U., n° 250, 919
29 décembre 1949	Traité U.R.S.S.–Norvège concernant le régime de la frontière	R.T.N.U., v. 83, 342 S.L.N.U. n° 238, 880
24 février 1950	Traité U.R.S.S.–Hongrie concernant le régime de la frontière	S.L.N.U., n° 226, 823
8 avril 1950	Protocole franco-belgo-luxembourgeois portant création d'une commission tripartite permanente des eaux polluées	R.T.N.U., v. 66, 286 S.L.N.U., n° 122, 422

Date	Intitulé et parties	Sources
25 avril 1950	Convention Grand-Duché de Luxembourg–Land Rhénanie–Palatinat, concernant la construction d'une centrale hydro-électrique sur la Sûre, à Rosport-Ralingen	S.L.N.U., nº 201
14 décembre 1951	Convention entre le Guatemala et le Salvador de libre commerce et d'intégration économique	R.T.N.U., v. 131, 132 O.E.A./C.I.J. 75 Rev. 2, 447 S.L.N.U., nº 71, 227
6 février 1952	Traité Pologne–R.D.A. concernant la navigation dans les eaux frontières, ainsi que l'utilisation et l'entretien des eaux frontières	R.T.N.U., v. 304, 161 S.L.N.U., nº 213, 766
24 septembre 1952	Avenant franco-espagnol à la Convention du 18 février 1886 relative à l'exercice de la pêche dans la Bidassoa	S.L.N.U., nº 192, 694
20 mai 1953	Accord Finlande–Norvège relatif à la réglementation de la pêche dans la zone de pêche du fleuve Tana	R.T.N.U., v. 173, 164
16 avril 1954	Accord Hongrie–Tchécoslovaquie, sur la réglementation de questions techniques et économiques concernant les cours d'eau limitrophes	S.L.N.U., nº 163, 564 A/5409, 286
16 décembre 1954	Accord Yougoslavie–Autriche concernant les questions hydrotechniques du secteur frontalier de la rivière Moura et de ses eaux frontalières	R.T.N.U., v. 396, 97 S.L.N.U., nº 145, 520
7 avril 1955	Accord Yougoslavie–Roumanie concernant les questions de contrôle des eaux	S.L.N.U., nº 253, 928
8 août 1955	Accord Yougoslavie–Hongrie et statut de la commission yougoslave-hongroise sur l'économie des eaux	S.L.N.U., nº 228, 830
9 avril 1956	Convention entre l'Autriche et la Hongrie réglementant les questions d'hydro-économie dans la zone frontière	R.T.N.U., v. 438, 149 R.T.N.U., v. 314, 196
24 septembre 1956	Traité Belgique–R.F.A. relatif à la rectification de la frontière belgo-allemande	S.L.N.U., nº 151, 533
13 octobre 1956	Traité entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie relatif au régime de la frontière d'Etat	R.T.N.U., v. 300, 125
27 octobre 1956	Traité France–R.F.A. sur le règlement de la question sarroise	S.L.N.U., nº 179, 658

Date	Intitulé et parties	Sources
27 octobre 1956	Convention entre la R.F.A., la France et le Grand-Duché de Luxembourg au sujet de la canalisation de la Moselle	S.L.N.U., n° 123, 424
30 novembre 1956	Traité U.R.S.S.–Tchécoslovaquie concernant le régime de la frontière soviéto-tchécoslovaque et la procédure pour les incidents de frontière	R.T.N.U., v. 266, 302 S.L.N.U., n° 165, 576
19 février 1957	Convention pour l'étude économique préliminaire de l'exploitation des eaux du lac Titicaca	O.E.A./C.I.J. 75 Rev. 2, 459 S.L.N.U., n° 45, 168
25 mars 1957	Traité EURATOM	S.L.N.U., n° 124, 426 R.T.N.U., v. 298, 267
14 mai 1957	Traité U.R.S.S.–Iran relatif au régime de la frontière soviéto-iranienne et au mode de règlement des conflits et incidents de frontière	R.T.N.U., v. 457, p. 213
25 mai 1957	Accord Hongrie–Yougoslavie sur la pêche dans les eaux frontières	S.L.N.U., n° 229, 836
18 juillet 1957	Accord Italie–Yougoslavie concernant l'alimentation en eau de la commune de Gorizia	S.L.N.U., n° 236, 866
31 octobre 1957	Statut du Comité pour la coordination des enquêtes sur le bassin inférieur du Mékong (Cambodge–Laos–Thaïlande–République du Viet-Nam)	S.L.N.U., n° 81, 268
18 janvier 1958	Traité Afghanistan–U.R.S.S. concernant les eaux frontières	R.T.N.U., v. 321, 166 S.L.N.U., n° 86, 276
29 janvier 1958	Accord concernant la pêche dans les eaux du Danube	R.T.N.U., v. 339, 59 S.L.N.U., n° 125, 427
21 mars 1958	Accord Pologne–Tchécoslovaquie relatif à l'hydro-économie des eaux frontières	R.T.N.U., v. 538, 108
4 avril 1958	Accord relatif aux questions de l'hydroéconomie entre la Yougoslavie et la Bulgarie	R.T.N.U., v. 367, 105 S.L.N.U., n° 161, 558
27 février 1959	Echange de notes constituant un accord entre les Etats-Unis et le Canada sur la voie maritime du Saint-Laurent	R.T.N.U., v. 341, 4 S.L.N.U., n° 64, 206

Date	Intitulé et parties	Sources
18 juin 1959	Accord Yougoslavie–Grèce relatif aux questions de l'hydro-économie	R.T.N.U., v. 363, 134 S.L.N.U., nº 224, 818
14 juillet 1959	Convention Espagne–France relative à la pêche en Bidassoa et baie du Figuier	J.O.R.F., 9 mars 1965, 1893
8 avril 1960	Traité entre les Pays-Bas et la R.F.A. concernant le tracé de la frontière commune, les eaux frontières, etc.	R.T.N.U., v. 509, 14 S.L.N.U., nº 212, 757
20 juin 1960	Traité Belgique–Pays-Bas au sujet de l'amélioration du canal de Terneuzen à Gand ...	R.T.N.U., v. 423, 74 S.L.N.U., nº 160, 555
23 juin 1960	Accord entre la Finlande et l'U.R.S.S. concernant le régime de la frontière d'Etat et la procédure pour le règlement des incidents de frontière	R.T.N.U., v. 379, 330 S.L.N.U., nº 177, 656
19 septembre 1960	Traité sur les eaux de l'Indus entre l'Inde et le Pakistan	R.T.N.U., v. 419, 138 S.L.N.U., nº 98, 300
27 octobre 1960	Convention entre le pays de Bade-Wurtemberg, l'Etat libre de Bavière, l'Autriche et la Suisse sur la protection du lac de Constance contre la pollution	S.L.N.U., nº 127, 438
15 novembre 1960	Accord Norvège–Finlande concernant les nouveaux règlements de pêche dans la rivière Tana	S.L.N.U., nº 170, 611 R.T.N.U., v. 383, 160
15 février 1961	Traité entre la Pologne et l'U.R.S.S. relatif au régime de la frontière d'Etat soviéto-polonaise, ainsi qu'à la coopération et l'assistance mutuelle pour les questions de frontière	R.T.N.U., v. 420, 161
7 avril 1961	Traité entre l'Argentine et l'Uruguay sur la frontière constituée par le fleuve Uruguay	S.L.N.U., nº 41, 164
8 juin 1959 17 octobre 1961	Echange de notes constituant un accord relatif à des travaux d'amélioration du chenal dans le lac Erié–Canada–U.S.A.	R.T.N.U., v. 424, 107
20 décembre 1961	Protocole franco-allemand concernant la constitution d'une commission internationale pour la protection de la Sarre	R.G.D.I.P., 1962, 905 Bundesgesetzblatt 1962, II, 1106

Date	Intitulé et parties	Sources
20 décembre 1961	Protocole franco-allemand concernant la constitution d'une commission internationale pour la protection de la Moselle contre la pollution	Rec. des tr. et acc. de la France, 1962, 477
16 novembre 1962	Convention concernant la protection des eaux du lac Léman contre la pollution	R.G.D.I.P., 1964, 302 J.O.R.F., 30 janv. 1964, 1089
29 avril 1963	Accord de Berne concernant la commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution (R.F.A., France, Grand-Duché de Luxembourg, Pays-Bas, Suisse)	R.G.D.I.P., 1965, 897 J.O.R.F., 1965, 4908
13 mai 1963	Traité Belgique–Pays-Bas au sujet de la liaison Escaut–Rhin	R.T.N.U., v. 540, 3 M.B., 1965, 27 avril
13 juin 1963	Traité entre la Hongrie et la Roumanie concernant le régime de la frontière d'Etat et la coopération en matière d'eaux frontières	R.T.N.U., v. 576, 331
26 octobre 1963	Acte relatif à la navigation et la coopération économique entre les Etats du bassin du Niger	R.T.N.U., v. 587, 9
6 février 1964	Convention relative au statut du fleuve Sénégal	A/CN.4/274, vol. I, 89
24 avril 1964	Accord relatif aux eaux frontières entre la Finlande et l'U.R.S.S.	R.T.N.U., v. 537, 253
22 mai 1964	Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad (Cameroun, Niger, Nigeria, Tchad)	A/CN.4/274, vol. I, 91
17 juillet 1964	Accord Pologne–U.R.S.S. relatif à l'hydro-économie des eaux frontières	R.T.N.U., v. 552, 189
31 octobre 1964	Accord Autriche–Hongrie pour le maintien de la frontière commune en état de visibilité	R.T.N.U., v. 545,241
25 novembre 1964	Accord relatif à la Commission du fleuve Niger et à la navigation et aux transports sur le fleuve Niger	R.T.N.U., v. 587, 20
13 mars 1965	Accord R.D.A.–Pologne sur le régime des eaux frontières	Gesetzblatt der D.D.R., 1967, I, 93

Date	Intitulé et parties	Sources
22 mars 1965	Accord Mexique–Etats-Unis sur le problème de la salinité du bas Colorado	A.J.I.L., 1965, 924 R.G.D.I.P., 1965, 807
30 avril 1966	Accord concernant la réglementation des prélèvements d'eau opérés dans le lac de Constance	R.T.N.U., v. 620, 191
23 septembre 1966	Convention entre la Belgique et la France sur la protection radiologique concernant les installations de la centrale nucléaire des Ardennes	M.B., 7 mars 1967
2 décembre 1967	Traité Pologne–Tchécoslovaquie concernant les relations juridiques à la frontière d'Etat, la coopération et l'assistance mutuelle	R.T.N.U., v. 830, 149
7 décembre 1967	Traité entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie sur le règlement des questions économiques relatives aux eaux frontalières	R.T.N.U., v. 728, 353
24 mars 1968	Statut de l'Organisation des Etats riverains du Sénégal (O.E.R.S.)	R.T.N.U., v. 672, 251
24 juin 1968	Memorandum d'accord pour la coopération scientifique et technique entre les Etats-Unis et l'Italie dans le domaine des ressources en eau	U.S.T.O.I.A., v. 19, 5491 R.T.N.U., v. 719, 108
16 septembre 1968	Accord européen sur la limitation de l'emploi de certains détergents dans les produits de lavage et de nettoyage	Tr. et conv. eur., n° 64 R.T.N.U., v. 788, 181
23 octobre 1968	Accord Bulgarie–Turquie en vue de l'utilisation des eaux des rivières traversant les territoires des deux pays	R.T.N.U., v. 807, 125
23 avril 1969	Traité relatif au bassin de la rivière La Plata	I.L.M., 1969, 905
4 juillet 1969	Convention France–R.F.A. au sujet de l'aménagement du Rhin entre Strasbourg/Kehl et Lauterbourg/Neuburgweier	R.T.N.U., v. 760, 305
15 juillet 1969	Accord Argentine–Paraguay en vue de la régularisation, de la canalisation, du dragage, du balisage et de l'entretien du fleuve Paraguay	R.T.N.U., v. 709, 311
28 octobre 1969	Convention Pologne–R.D.A. relative aux relations juridiques à la frontière d'Etat commune, ainsi qu'à la coopération et l'assistance mutuelle pour les questions de frontière	R.T.N.U., v. 830, 187

Date	Intitulé et parties	Sources
16 novembre 1970	Echange de notes constituant un accord entre les Etats-Unis et le Mexique sur le problème de la salinité des eaux du fleuve Colorado (avec, en annexe, le P.V. n° 218 du 22 mars 1965)	R.T.N.U., v. 776, 113
1er–3 juin 1971	Acte d'Asunción – résolution sur le Rio de la Plata n°s 15 et 23 (Argentine–Bolivie–Brésil–Paraguay–Uruguay)	A/CN.4/274, vol. I, 201
26 juin 1971	Acte de Santiago (Argentine–Chili), concernant les bassins hydrologiques	A/CN.4/274, I, 205 O.E.A./C.I.J. 75 Rev. 2, 495
9 juillet 1971	Déclaration Argentine-Uruguay sur les ressources en eau	A/CN.4/274, I, 207 O.E.A./C.I.J. 75 Rev. 2, 536
12 juillet 1971	Acte de Buenos Aires (Argentine–Bolivie) sur les bassins hydrologiques	A/CN.4/274, I, 209
16 septembre 1971	Accord Finlande–Suède relatif aux fleuves frontières	R.T.N.U., v. 825, 191
7–21 octobre 1971	Echange de lettres franco-suisse concernant l'application de la Convention du 16 novembre 1962 sur le lac Léman	J.O.R.F., 7 novembre 1972, 11603
23 novembre 1971	Accord pour la mise en œuvre d'une action européenne dans le domaine des nuisances sur le thème «Traitement des boues d'épuration»	M.B., 25 mars 1978
23 novembre 1971	Accord pour la mise en œuvre d'une action européenne dans le domaine des nuisances sur le thème «Analyse des micropolluants organiques dans l'eau»	I.P.E., XI, 5676
11 mars 1972	Traité entre le Mali, la Mauritanie et le Sénégal créant l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal (O.M.V.S.)	
15 avril 1972	Accord Canada–Etats-Unis relatif à la qualité de l'eau dans les grands lacs	R.T.N.U., 837, 213 R.G.D.I.P., 1972, 1235
20 avril 1972	Convention Italie–Suisse concernant la protection des eaux italo-suisses contre la pollution	R.G.D.I.P., 1975, 265
23 mai 1972	Accord Etats-Unis–U.R.S.S. sur la coopération dans le domaine de la protection de l'environnement	R.T.N.U., v. 846, 105

Date	Intitulé et parties	Sources
14 juillet 1972	Accord entre les Etats-Unis et le Mexique concernant la salinité du Colorado sous forme de Procès-verbal n° 241 de la Commission internationale pour la frontière et les eaux (Accord prorogé le 28 décembre 1972, le 30 avril 1973, le 28 juin 1973)	I.P.E., XI, 5352
(1972)	Projet d'accord relatif à l'utilisation et à la conservation des eaux du bassin du lac Tchad	A/CN.4/274, II, 249
21 septembre 1972	Echange de notes entre les Etats-Unis et le Canada, concernant la formation d'un Comité sur la qualité de l'eau du fleuve St-Jean et de ses rivières et ruisseaux tributaires	I.P.E., X, 5327
30 août 1973	Accord Etats-Unis–Mexique sur la salinité du fleuve Colorado confirmant le Procès-verbal n° 242 de la Commission internationale des frontières et des eaux	A.J.I.L., 1974, 376 I.P.E., XI, 5368
20 septembre 1973	Accord R.F.A.–R.D.A. sur les principes de l'hydroéconomie des eaux frontières	I.P.E., XI, 5692 Bundesgesetzblatt, 1974, II, 1241
19 novembre 1973	Traité Argentine–Uruguay relatif au Rio de la Plata et à sa frontière maritime	I.L.M., 1974, 251
21 novembre 1973	Accord par échange de notes entre le Canada et les Etats-Unis concernant l'annexe I de l'Accord sur la qualité des eaux des grands lacs et réduisant les déversements de phosphore dans les lacs Supérieur et Huron	I.P.E., X, 5334
19 février 1974	Convention scandinave sur la protection de l'environnement (Danemark, Finlande, Norvège, Suède)	I.L.M., 1974, 591
21 février 1974	Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique	I.L.M., 1974, 352
(13 mars 1974)	Projet de convention européenne relative à la protection des eaux douces contre la pollution	Doc. Conseil de l'Europe: E.X.P./Eau (74) 6, Add. 1
9 mai 1974	Accord de coopération R.F.A.–Etats-Unis en matière d'environnement	I.L.M., 1974, 598

Date	Intitulé et parties	Sources
17 octobre 1974	Traité Grand-Duché de Luxembourg et Land Rhénanie-Palatinat concernant l'accomplissement en commun, par les communes et autres personnes juridiques, de fonctions dans le domaine de l'économie des eaux	Memorial, 1975, A, 839
13 juin 1975	Accord sur la frontière internationale et les relations de bon voisinage entre l'Iran et l'Iraq	I.L.M., 1975, 1133
24 novembre 1975	Convention entre les Länder Rhénanie Palatinat et de la Sarre, de la R.F.A. et le Grand-Duché de Luxembourg, portant nouvelle réglementation de la pêche dans les eaux frontalières relevant de leur souveraineté commune	Amtblatt des Saarlandes, 1976, n° 21, 394
16 février 1976	Acte final de la conférence sur la protection de la mer méditerranéenne	I.L.M., 1976, 285
3 décembre 1976	Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique	I.L.M., 1977, 242 J.O.C.E., 12 octobre 1976
3 décembre 1976	Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par chlorides	I.L.M., 1977, 265
3 décembre 1976	Accord additionnel à l'Accord de Berne du 29 avril 1963, concernant la Commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution	J.O.C.E., 12 octobre 1976
4 juillet 1977	Accord Danemark R.F.A., réglementant l'échange d'informations sur la construction d'installations nucléaires le long de la frontière	I.L.M., 1978, 274

La pollution des fleuves et des lacs et le droit international

(Quinzième Commission)

Rapport définitif

Jean J. A. Salmon

Au cours du mois de septembre 1978, le rapporteur a transmis aux membres de la Quinzième Commission un rapport provisoire qui se terminait par un projet de résolution. Pour mémoire, à part votre rapporteur, la Quinzième Commission était composée de MM. *Colliard, Jennings, McDougal, McWhinney, Parry, Rousseau, Sette-Câmara, Valladão, Verzijl, Zemanek, Ziccardi et Žourek.* A l'exception de deux d'entre eux, tous les membres de la Commission ont eu l'obligeance de soumettre leurs observations au rapporteur. Comme dans la première phase des travaux, M. *Seidl-Hohenveldern* a été associé aux travaux de la Commission et il a également soumis ses observations au rapporteur. Ce dernier est très reconnaissant à l'ensemble de ses confrères de la peine qu'ils ont ainsi prise. Leurs réponses, qui sont jointes en annexe I au présent rapport, éclairent les points essentiels sur lesquels l'Institut sera amené à se prononcer.

Le thème de la protection de l'environnement a pris dans les préoccupations internationales une place grandissante. La matière évolue rapidement et sous nos yeux. Il n'est de semaine où on n'enregistre de nouveaux développements: législations nationales, conventions internationales, résolutions d'organisations internationales, pratiques gouvernementales, enrichissent chaque jour le matériau du droit de l'environnement.

Il ne sera point question ici d'essayer de mettre à jour notre rapport provisoire. Tout au plus mentionnerons-nous dans les pages qui suivent quelques textes nouveaux qui peuvent présenter pour l'Institut d'utiles points de comparaison.

L'évolution très rapide du *corpus juris* international et des esprits de

chacun dans le domaine de l'environnement rendent la tâche de l'Institut très délicate. Il lui appartient de s'insérer sans heurt dans un vaste mouvement de développement progressif du droit international qu'il ne doit ni freiner, ni inconsidérément précéder.

C'est avec cette préoccupation que le présent rapport a été rédigé.

Les réponses des membres de la Commission auxquelles il a été fait allusion plus haut ne remettant pas en cause la structure fondamentale du projet de résolution qui clôturait le rapport provisoire, il semble expédient de suivre ce projet et d'examiner à propos de chaque article ou paragraphe les questions qui se posent, les suggestions d'amendements, et le texte que le rapporteur croit pouvoir proposer finalement. Les développements du rapport définitif éclaireront ainsi le sens de chaque partie de la résolution et les choix que l'Institut aura à faire.

Préambule: 1er considérant

«L'Institut de Droit international,

Considérant que la protection et l'amélioration de l'environnement sont des revendications fondamentales des hommes et des peuples ainsi que des devoirs qui s'imposent aux gouvernements;»

Ce premier considérant a fait l'objet d'une proposition de modification soumise par M. *Colliard,* qui suggère le texte suivant:

«Considérant que la protection et l'amélioration de l'environnement sont des devoirs qui s'imposent aux gouvernements en vue de satisfaire aux besoins fondamentaux des hommes et des peuples;»

La formule originaire lui paraissait, en effet,

«exprimer trop ou trop peu», et «reprendre, en lui mettant une sourdine, une autre formule selon laquelle existerait un droit à la protection ou à l'amélioration de l'environnement qui serait un droit de l'homme».

La formule proposée par M. *Colliard* permettrait, à ses yeux, «de viser aussi les peuples sans prendre parti sur le problème droits de l'homme ou droits des peuples».

Notre collègue M. *Verzijl* fait, pour sa part, valoir une critique d'un autre ordre:

«La construction théorique d'un droit fondamental des hommes et des peuples en matière d'environnement»

lui paraissent

«un *corpus alienum* sans fonction spéciale dans la structure logique totale»

de la résolution, en particulier, à la place d'honneur qui lui est donnée.

Il se demande s'il ne faut pas donner à ce paragraphe une place plus modeste ou le supprimer tout à fait.

Deux confrères approuvent expressément le texte: M. *Sette-Câmara* et M. *Ziccardi*. Ce dernier exprime son

«appréciation au sujet du premier considérant, celui qui rappelle les intérêts des peuples et des hommes entendus comme le point de départ de la détermination des obligations des Etats et de leurs droits qui y correspondent. Il ne s'agit, au fond, – ajoute-t-il – que de s'en tenir au langage de la Charte des Nations Unies.»

Quant à notre confrère M. *Žourek*, il regrette que:

«le projet de résolution passe sous silence la question de savoir si la pollution des cours d'eau ou des lacs est compatible avec le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales telles qu'il est formulé dans les instruments internationaux en vigueur.»

Et, M. *Žourek* d'évoquer le § 1er de l'art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels que nous avions d'ailleurs nous-mêmes cité dans le rapport provisoire.

Les autres membres de la Commission n'ont pas fait d'observations sur ce point.

Il est vrai que ce paragraphe liminaire est très important et que dans un souci de conciliation, la formule du rapporteur, comme l'a fort bien noté M. *Sette-Câmara*, consistait à ne pas se prononcer trop directement sur l'étendue des droits en question en utilisant une phraséologie inspirée de la Déclaration de Stockholm.

Si on se place du point de vue du style, il est manifeste que la formule de M. *Colliard* est très supérieure à la formule originaire. Quant au fond, cependant, en substituant à la notion de «revendication» celle de «besoins», elle tend à amoindrir la portée du considérant, ce qui ne me paraît pas être le souhait de la majorité de la Commission.

Au surplus, et à la réflexion, on peut se demander si en bonne doctrine, il n'est pas préférable de parler de devoir des *Etats* plutôt que des *gouvernements*.

Aussi, s'inspirant dans une certaine mesure du texte de M. *Colliard*, votre rapporteur vous propose de retenir la formule suivante:

«Considérant que la protection et l'amélioration de l'environnement sont des devoirs qui s'imposent aux Etats en vue de satisfaire les besoins et revendications fondamentaux des hommes et des peuples.»

Votre rapporteur a cependant été frappé par l'opinion de M. *Verzijl* qui illustre le fait que le projet de résolution ne tire pas toutes les consé-

quences du grand principe placé en tête de sa résolution. La remarque de M. *Žourek* va encore plus directement dans le même sens.

Le projet de résolution aurait, en quelque sorte, le parfum de l'hommage rendu par le vice à la vertu!

Une autre idée, exprimée cette fois par M. *Jennings* ne peut que retenir notre attention:

«It would be good if we could somehow get across the message that a State ought not to have any right to pollute seriously in its own territory, quite apart from any question of damage to another.»

Cette observation ne désigne-t-elle pas une déficience radicale du projet de résolution qui n'a envisagé la pollution que d'un point de vue trop strictement interétatique? Le droit international ne se borne pas à l'interétatisme.

Or le seul moyen juridique de fonder un droit de la population d'un Etat à un environnement satisfaisant, c'est bien le biais des droits de l'homme ou le droit des peuples[1].

Je suis personnellement convaincu que la résolution devrait faire droit à la précieuse suggestion de M. *Jennings*; ce qui répondrait au surplus aux préoccupations de MM. *Žourek* et *Verzijl*.

L'art. 30 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 décembre 1974, comporte à ce propos la formule suivante:

«La protection, la préservation et la valorisation de l'environnement pour les générations présentes et futures sont la responsabilité de tous les Etats. Tous les Etats s'efforceront d'arrêter leurs propres politiques en matière d'environnement et de développement conformément à cette responsabilité.»

De manière plus simple, ne suffirait-il pas d'ajouter un membre de phrase à l'art. I visant non seulement l'«environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale» mais encore le territoire propre de l'Etat? (Voir *infra*).

[1] La Déclaration universelle des droits des peuples, adoptée le 4 juillet 1976 à Alger, sous les auspices de la Fondation internationale Lelio Basso, prévoit en ce sens, en son art. 16, que:

«Tout peuple a droit à la conservation, à la protection et à l'amélioration de son environnement.»

Si aucun texte international de ce style n'est, provisoirement, disponible, en revanche, pour ce qui est des droits de l'homme, «un grand nombre d'Etats a affirmé, en diverses occasions, que la promotion d'un environnement décent devrait être admise parmi les droits fondamentaux de la personne humaine.» Rapport du Comité de l'environnement de l'O.C.D.E., 13 avril 1976, C (76) 54, S. 7.

Préambule: 2e considérant

«Considérant que la pollution transfrontière qui frappe les bassins hydrographiques qui s'étendent sur le territoire de plus d'un Etat prend des proportions de plus en plus alarmantes et diversifiées;»

Ce considérant purement descriptif n'a suscité aucune objection.

Préambule: 3e considérant

«Rappelant ses résolutions de Madrid (1911) et de Salzbourg (1961);»

Ce considérant, soulignant la continuité de l'intérêt de l'Institut pour la question, n'a suscité aucune objection.

Préambule: 4e considérant

«Conscient des multiples vocations que peuvent présenter les bassins hydrographiques internationaux et de l'existence d'un intérêt commun à l'utilisation rationnelle et équitable de telles ressources en recherchant un équilibre raisonnable des intérêts en présence;»

Ce considérant veut indiquer tout le relativisme de la question tenant au fait – exposé longuement dans le rapport préliminaire – que les eaux ont à satisfaire de multiples utilisations, parfois contradictoires et que leurs vocations sont multiples et changeantes d'une part, et rappeler les principes de l'intérêt commun à l'utilisation rationnelle et équitable de telles ressources en recherchant un équilibre raisonnable des intérêts en présence.

La notion d'utilisation rationnelle et équitable ne doit pas être comprise de travers. Notre confrère M. *Sette-Câmara* attire, à juste titre, notre attention sur ce point:

«Should we understand that every co-riparian is entitled to an equitable degree of pollution?»

Et il répond immédiatement:

«It is obvious that that is not the thought behind preambular paragraph 4. The only way in which it could be usefully understood would be in the sense of trying to strike a balance on the reciprocal obligation of diligence to avoid pollution, incumbent upon the different co-riparians.»

C'est évidemment dans ce sens qu'il est fait allusion au principe de l'utilisation équitable.

Sur ce point, il n'est pas inutile de citer ici le principe 1 du projet de principes de conduite dans le domaine de l'environnement en matière de

ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, adoptés par le Programme des Nations Unies pour l'Environnement:

«Il est nécessaire que les Etats coopèrent dans le domaine de l'environnement en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats. Par conséquent, eu égard à la notion d'utilisation équitable des ressources naturelles partagées, il est nécessaire que les Etats coopèrent afin de contrôler, prévenir, atténuer ou supprimer les effets néfastes sur l'environnement qui pourraient résulter de l'utilisation de ces ressources. Cette coopération s'exercera sur un pied d'égalité et compte dûment tenu de la souveraineté, des droits et des intérêts des Etats concernés[2].»

Les membres de la Commission n'ont exprimé aucune objection à propos de ce considérant.

Préambule: 5e considérant

«Soulignant l'applicabilité à la matière du principe d'égalité souveraine des Etats, des règles régissant les rapports de voisinage, et du principe selon lequel il est interdit aux Etats d'utiliser leur territoire de manière à causer un préjudice illégitime à autrui;»

Ce considérant a fait l'objet de trois propositions de modification.

a) Tout d'abord, M. *Rousseau* qui pose la question suivante:

«Est-il nécessaire de faire appel au principe de l'égalité *souveraine* à l'avant-dernier alinéa du préambule? Vous avez sans doute par là eu le souci de rester dans le cadre de la Charte des Nations Unies. Mais, outre que l'épithète n'ajoute rien au principe, on peut se demander s'il est opportun d'invoquer ici, même par une simple épithète, le concept de souveraineté dans un domaine où l'Etat n'est que trop porté à souligner le caractère discrétionnaire de son action – ou de son abstention.»

Je n'estime pas, pour ma part, indispensable de conserver l'adjectif «souveraine». C'est par déférence à l'égard de l'art. 2 § 1 de la Charte et la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, que j'ai employé l'expression consacrée.

Il ne faut pas oublier cependant que si le principe de l'égalité souveraine des Etats est ici envisagé, c'est parce que ce principe rappelle justement que le droit d'utilisation d'un Etat trouve sa limite dans le droit d'utilisation des autres. (*Cf.* en ce sens la Résolution de Salzbourg (1961) de l'Institut (art. 2).

[2] Par sa résolution 33/87 du 15 décembre 1978, l'Assemblée générale a pris note de ce texte et invité les gouvernements à faire part de leurs observations à son sujet.

b) Ensuite M. *Colliard* qui suggère de substituer à «il est interdit» la formule équivalente mais moins brutale: «les Etats ne doivent pas». Cette dernière formule lui paraît, au demeurant, plus conforme au régime international actuel. Le texte se lirait alors de la manière suivante:

«Soulignant l'applicabilité à la matière du principe d'égalité souveraine des Etats, des règles régissant les rapports de voisinage, et du principe selon lequel *les Etats ne doivent pas* utiliser leur territoire de manière à causer un préjudice illégitime à autrui;»

J'avoue ne pas apercevoir la raison pour laquelle il faudrait en quelque sorte «prendre des gants» avec les Etats. Au surplus, si les Etats «ne doivent pas» avoir un comportement déterminé, n'est-ce pas parce que ce comportement est interdit?

c) La troisième critique vient de M. *Žourek* qui, lui, s'en prend au mot «illégitime» qui lui paraît inacceptable, «car il permet – souligne-t-il – l'interprétation qu'il existe des pollutions légitimes. Quelle aubaine pour les pollueurs»! Il ajoute que le mot «illégitime» ne se trouve pas dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm.

En réalité, votre rapporteur, en ce qui concerne ce membre de phrase, avait cru bien faire de reprendre, purement et simplement, un libellé qui avait été adopté par l'Institut à Salzbourg, en 1961:

«Considérant que l'obligation de ne pas porter un préjudice illégitime à autrui est un des principes fondamentaux régissant les rapports de voisinage en général;

Considérant que ce principe s'applique aussi aux rapports provenant des utilisations diverses des eaux;»

Au demeurant, l'idée que comporte la phrase incriminée me semble incontestable. C'est l'idée du dommage sans acte illicite, du *damnum sine injuria,* de l'atteinte aux intérêts en opposition à l'atteinte aux droits.

Je ne vois donc pas de raison d'amender ce membre de phrase.

Il va de soi, cependant, que si les objections conjuguées de MM. *Colliard* et *Žourek* devaient conduire à une remise en cause de ce membre de phrase, je serais personnellement enclin à lui substituer la phrase autrement célèbre de l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire du *détroit de Corfou* qui rappelle:

«l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats.» (C.I.J., Rec. 1949, p. 22.)

Préambule: Nouveau considérant éventuel

Bien qu'aucun membre de la Commission n'ait fait de suggestion en ce sens, on peut se demander si le préambule ne pourrait pas utilement

contenir une allusion à la règle dégagée par la Commission du droit international dans son projet d'article 19 relatif à la responsabilité internationale.

Même si cette réflexion peut paraître tardive, votre rapporteur croit pouvoir vous proposer un nouveau considérant:

«Rappelant qu'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain est un crime international.»

Préambule: Dernier alinéa

«Constate l'existence en droit international des règles suivantes et formule les recommandations ci-après:»

Ce paragraphe a fait l'objet de deux observations.

Tout d'abord de M. *Colliard* qui remarque:

«Si l'on constate l'existence de règles dont l'énoncé suit, pourquoi formuler des recommandations?

Il n'y aurait aucun progrès, pas même dans le domaine de la codification. D'où la modification suggérée.

Elle consiste à viser l'existence déjà actuelle de règles, tout en se gardant de les expliciter et à formuler effectivement des recommandations.»

Et M. *Colliard* propose le texte suivant:

«Constatant l'existence en droit international de règles concernant les problèmes de la pollution,

Formule les recommandations ci-après.»

M. *Verzijl* nourrit également quelques réserves à propos de ce paragraphe introductif de la résolution. Il s'en exprime comme suit:

«Le passage ... fait une distinction entre certaines règles de droit et certaines actions recommandables – distinction qui est marquée par les expressions: «doivent» (devoir, obligation) aux articles 1–3 et 5, al. 1er et «devraient» aux articles 5 et 6, al. dernier. Mais n'y aurait-il pas lieu de les distinguer plus nettement dans les textes de la résolution?»

Notre confrère M. *Verzijl* a mis le doigt sur la difficulté rencontrée par le rapporteur: certains articles se présentent comme du droit (les quatre premiers articles) et d'autres comme des recommandations (l'art. 5) et d'autres enfin comme des formes mixtes (l'art. 6).

Placé devant la difficulté de distinguer avec précision, dans une première partie, les règles existantes, et dans une seconde, les recommandations à faire, votre rapporteur a estimé pouvoir utiliser le précédent de la

Résolution de Salzbourg où l'Institut se trouvait dans une situation similaire.

Le texte que votre rapporteur vous propose est le même que celui de la Résolution de Salzbourg. Il lui paraît, en tout cas, que la proposition de M. *Colliard,* quel que soit le mérite de ses intentions, ne peut être retenue, car elle aurait pour effet de transformer les articles actuellement considérés comme du droit existant en recommandations.

En conséquence, votre rapporteur croit devoir maintenir, provisoirement, le paragraphe introductif à la résolution dans sa rédaction originaire.

Article I.

«Dans le cadre de leur droit souverain d'exploiter leurs ressources selon la politique d'environnement qu'ils déterminent et sans préjudice de leurs obligations conventionnelles, les Etats ont le devoir de veiller avec une diligence raisonnable à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ne causent pas de pollution [dommageable] [sensible] à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.»

Les observations relatives à l'art. I peuvent être groupées en trois rubriques.

a) Critique de la notion de *«diligence raisonnable»* par M. *Žourek.*

Notre confrère M. *Žourek* estime que le recours dans le projet à la notion de «diligence raisonnable» y introduit la notion de «faute» alors qu'il faudrait s'en tenir à l'idée que tout manquement à une obligation internationale d'un Etat du fait de ses organes entraîne la responsabilité de celui-ci, qu'il y ait eu ou non faute.

M. *Žourek* ne semble pas proposer une modification concrète de l'art. I en conséquence de cette observation.

On peut se demander s'il n'y a pas ici une simple querelle de mots. A vrai dire, une obligation de diligence est simplement une obligation qui prescrit un comportement déterminé en qualifiant les moyens à employer par la notion de diligence. La responsabilité sera entraînée s'il y a manquement à cette obligation là. Il n'y a donc pas là question de faute. On reste dans la responsabilité pour fait illicite. C'est la nature de l'obligation qui est ici en cause, et non un quelconque élément constitutif supplémentaire qualifié de «faute».

b) Faut-il qualifier la pollution à l'environnement et dans l'affirmative, comment?

Votre rapporteur avait marqué son hésitation en prévoyant l'addition

éventuelle d'un terme tel que «dommageable» ou «sensible», voulant ainsi ouvrir une porte à ceux qui estiment que l'obligation de ne pas polluer n'existe que si la pollution en question n'est pas minime.

On ne peut pas dire que les observations des membres de la Commission soient de nature à faire apparaître une unanimité d'opinions sur ce point.

MM. *Jennings, McDougal* et *Ziccardi* se prononcent pour la notion de pollution «sensible». M. *Sette-Câmara* également, encore qu'il accepterait aussi le qualificatif «substantiel». Ce dernier qualificatif impliquant une atteinte encore plus forte à l'environnement semble devoir être écarté en toute occurrence.

En revanche, MM. *Verzijl* et *Žourek* se prononcent en faveur d'une «pollution dommageable».

M. *McDougal* signale cependant – ce qui avait échappé à votre rapporteur – que la définition de la pollution telle qu'elle apparaît à l'art. VII, rend le qualificatif «dommageable» tautologique et superflu. En effet, le terme «pollution» comprend en lui la notion de dommageable, contrairement à celle de «sensible» qui qualifie le degré de pollution.

Notre collègue M. *McWhinney* suggère de parler de pollution tout court.

Enfin, notre confrère M. *Colliard*, sans s'opposer au qualificatif «sensible», suggère que l'on indique seulement «dommage à l'environnement».

Votre rapporteur estime que c'est là une très heureuse suggestion, en particulier parce qu'elle nous ramène au texte de l'art. 21 de la Déclaration de Stockholm, dont on nous permettra de citer à nouveau le contenu:

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

Faut-il rappeler que la formule de Stockholm est aujourd'hui très largement acceptée. Elle a été adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. [Rés. 2849 (XXVI)], en particulier dans la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, dans divers actes des Communautés européennes et de l'O.C.D.E., ainsi que dans l'Acte final d'Helsinki (V. à ce sujet notre rapport provisoire). La déclaration précitée du programme des Nations Unies pour l'Environnement a repris ce texte dans son principe 3.

Dans ces conditions, il est peu souhaitable d'ajouter le mot «sensible» qui donnerait l'impression que l'Institut se démarque d'un *consensus* généralisé.

c) Faut-il parler des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale?

Notre confrère M. *Verzijl* s'interroge à ce propos de la manière suivante:

«‹ou dans les régions ne relevant d'aucune juridiction nationale›, c'est-à-dire la mer. Mais cette pollution de la mer n'est pas limitée à une pollution causée par des bassins hydrographiques communs, elle peut être produite également par des rivières relevant d'un seul Etat comme la Tamise ou la Loire. Cette hypothèse n'est-elle donc pas un peu étrangère à notre sujet et est-il vraiment nécessaire de la mentionner dans notre résolution?»

Il est exact que la Commission a estimé au départ que sa compétence ne s'étendait pas à la pollution des mers d'origine tellurique, ce qui n'a d'ailleurs pas empêché le rapporteur de mentionner, à diverses reprises, dans son rapport provisoire les solutions retenues par les deux conventions sur la pollution des mers d'origine tellurique (du 21 février 1974 et du 16 février 1976).

L'exemple même donné par M. *Verzijl* illustre cependant l'acuité du problème de pollution transfrontière que suscitent les fleuves même exclusivement nationaux.

Il me semble souhaitable que l'Institut envisage tous les effets de droit international qui sont les conséquences de la pollution des fleuves et des lacs internationaux et donc aussi ceux qui affectent les régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

Il reste un dernier problème que nous avons évoqué à propos de la rédaction du premier considérant du Préambule, c'est l'obligation de l'Etat, pour la protection de sa propre population, de ne pas polluer non plus son propre territoire.

Votre rapporteur vous propose d'ajouter une incise en ce sens à l'art. I.

Enfin, il est apparu au rapporteur qu'à la suite d'une erreur matérielle, les mots «ou sous leur contrôle», se référant à la compétence personnelle de l'Etat – à côté de la compétence territoriale – avaient été omis de son texte originaire à l'art. I (ils n'avaient pas été oubliés, en revanche, à l'art. IV). On pourrait estimer que cette addition est inutile

puisqu'il s'agit ici – contrairement à la formule de Stockholm qui couvre tout type de pollution – de la pollution des fleuves et lacs qui, par nature, sont territoriaux. Il faut cependant envisager la pollution de fleuves ou lacs opérée par des bateliers, par exemple, sur une partie d'un fleuve ou d'un lac se trouvant hors de la compétence territoriale de l'Etat dont ces bateliers relèvent. La compétence personnelle peut alors prendre le relais de la compétence territoriale.

Je suppose que cette addition ne soulèvera pas d'objections. L'art. I se lirait donc finalement comme suit:

«Dans le cadre de leur droit souverain d'exploiter leurs ressources selon la politique d'environnement qu'ils déterminent et sans préjudice de leurs obligations conventionnelles, les Etats ont le devoir de veiller avec une diligence raisonnable à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans leur propre territoire, dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.»

Article II.

«Afin de préserver dans la plus large mesure possible la qualité des eaux des bassins hydrographiques en fonction de leurs vocations diverses, l'exercice d'une diligence raisonnable comporte l'obligation de prendre, chaque fois que la pollution dépasse un niveau tolérable, toutes les mesures de vigilance requises pour:

a) prévenir de nouvelles formes de pollution ou l'augmentation du degré de pollution existant;

b) réduire, dans les meilleurs délais, la pollution existante au niveau tolérable.»

Cet article a fait l'objet de diverses observations.

Tout d'abord une heureuse suggestion de forme de M. *Colliard* d'employer les mots «diverses utilisations» au lieu de «vocations diverses». Je m'y rallie bien volontiers.

La notion de «niveau tolérable» suscite des objections de divers confrères.

M. *McWhinney* estime ces mots superflus car implicites et de nature à affaiblir la résolution.

M. *Zemanek* estime que cette terminologie est vague et y voit une source de différends. Il s'exprime de la manière suivante:

«By introducing, into article 2, the notion of ‹niveau tolérable› of pollution without specifying when the level of pollution becomes intolerable, the resolution indeed circumvenes a central problem. Because of the resulting uncertainty, the choice of words in article 1 between ‹dommageable› and ‹sensible› becomes pointless. For, if one chooses ‹dommageable› one refers back to ‹niveau tolérable›, since damage in a legal sense would apparently only occur if pollution exceeded the unspecified level of tolerance. If, on the other hand, one chooses ‹sensible›, one

simply replaces the reference to the uncertain ‹niveau tolérable› by an equally vague term.

This dilemma is also reflected in article 4.

Thus, the resolution paves the way for future disputes between States on what the ‹niveau tolérable› of pollution is or when pollution becomes ‹sensible›. This is the reason why I had suggested ‹grade› as an objective criterion for expressing the quality of water.»

M. *Žourek* est également très opposé à cette notion qui «aboutit à légaliser toute pollution ne dépassant pas le niveau tolérable». Il estime que si le seuil de tolérabilité peut être à la rigueur appliqué aux pollutions par addition de matières solides non toxiques, par l'addition de sels non toxiques, par désoxygénation ou par réchauffement des eaux, il est totalement inacceptable en ce qui concerne la pollution par des matières toxiques et similaires.

«Il n'est pas possible – ajoute-t-il – d'admettre que la santé des populations soit mise en danger parce que les entreprises industrielles se refusent à construire des installations d'épuration dont le coût serait du reste réparti sur les acheteurs.»

M. *Sette-Câmara* défend au contraire cette notion qui suit la pratique actuelle des Etats. Les autres membres de la Commission n'ont pas commenté cette disposition.

Ceci est certainement un des points délicats du projet de résolution et les précieuses remarques de mes collègues me conduisent à penser que la notion de «niveau tolérable» que j'avais crue habile, soulève pas mal de difficultés en raison d'ailleurs de son ambiguïté.

Si l'on admet au départ la définition de la pollution telle qu'elle apparaît à l'art. VII, une de ses caractéristiques est «de porter atteinte aux utilisations que les eaux ont vocation de satisfaire». Ainsi, d'entrée de jeu, la notion de pollution implique celle de dommage.

En se référant à notre exposé préliminaire, on verra que cette idée se retrouve dans d'autres définitions plus complexes, telle par exemple celle de l'O.C.D.E. dont un des éléments est le suivant:

«qui entraîne des conséquences préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux systèmes écologiques, à porter atteinte aux agréments ou à gêner les autres utilisations légitimes de l'environnement.»

La définition de la Convention du 13 mars 1974 du Conseil de l'Europe utilise la notion de «préjudiciable», etc.

D'autre part, il est entendu que cet aspect préjudiciable n'a aucun caractère absolu, puisqu'il dépend des utilisations que les eaux ont pour

vocation de satisfaire. Le rejet de sels dans les eaux d'une rivière n'est préjudiciable que si les utilisations subséquentes de l'eau requièrent une eau ne dépassant pas une teneur déterminée de sel.

Autrement dit, un même comportement peut être polluant pour un fleuve et pas pour un autre, pour un Etat et pas pour un autre, ne pas l'être aujourd'hui, mais le devenir demain, en fonction des utilisations de ce fleuve.

Il n'y aurait d'exception au caractère relatif ainsi exposé que si l'on pouvait déterminer que certains rejets sont *toujours* nuisibles, qu'il existe en quelque sorte un ordre public de la pollution, ce qui n'est pas exclu pour des produits particulièrement dangereux tels que des déchets radioactifs, etc.

Le caractère relatif des conditions dans lesquelles naît la pollution a pour effet, il ne faut pas l'oublier, de donner aux Etats une grande marge de manœuvre.

On dégage ainsi *un premier seuil, celui où il y a pollution parce qu'il y a des conséquences préjudiciables*[3].

Dans l'appréciation de la situation, l'Etat qui souffre des conséquences préjudiciables sera plus ou moins tolérant, notamment pour les conséquences «minimes» ou «non-significatives» comme on dit quelquefois. Dans cette hypothèse, le niveau tolérable est en quelque sorte une question *de fait*. La tolérance gît dans l'appréciation du fait, dans l'application concrète du droit, elle n'affecte pas le *droit* lui-même.

A côté du premier seuil ainsi dégagé, la question est de savoir s'il faut en établir *un second: celui où une pollution (préjudiciable) serait néanmoins admise parce que ne dépassant pas un niveau tolérable?*

L'existence de ce second seuil impliquerait donc l'acceptation d'une pollution, l'admission des conséquences préjudiciables, ce qui, pour reprendre l'expression exacte de M. *Žourek,* aurait pour effet de les légaliser.

Nous apercevons deux manières de construire une telle légalisation.

Ou bien, il s'agit d'un *acquiescement* de l'Etat dont le droit est violé! Il y a là une autre forme de tolérance qui, sous réserve d'un éventuel ordre public, est tout à fait admissible.

Ou bien, il s'agit d'accepter l'idée que certaines pollutions – et donc

[3] Il peut y avoir des difficultés concrètes à établir s'il y a vraiment des conséquences préjudiciables et des différends peuvent naître à ce propos, mais c'est une autre question.

bien que préjudiciables – seraient *de manière générale* permises par le droit. On se trouverait justement devant un *damnum sine injuria.*

Outre les difficultés qu'il y aurait à décider où débute ce seuil – car on aperçoit mal quelles règles «objectives» pourraient le délimiter[4], sinon un ordre public défini de manière tellement mince que la porte serait grande ouverte à toutes les pollutions –, cette seconde construction nous paraît en opposition complète avec la formule de Stockholm, admise universellement. Les Etats «ont le devoir de faire en sorte que les activités . . . ne causent pas de dommage à l'environnement, etc.». Le texte de Stockholm ne qualifie pas plus les dommages de tolérables qu'il ne les qualifie de sensibles.

Il faut donc en conclure qu'il n'est pas possible d'accepter cette dernière conception.

L'idée de niveau tolérable n'est donc finalement acceptable que dans la mesure où elle implique une appréciation *de fait* ou un acquiescement.

Toutefois comme ces deux limitations vont de soi, et que la notion de niveau tolérable sans autre explication apparaît en fin de compte ambiguë et dangereuse, on peut se demander s'il n'est pas préférable de se rallier à l'opinion des collègues qui suggèrent la suppression pure et simple de cette expression dans l'art. II de la résolution.

Les mesures de prévention (a) et de réduction (b) naissent dès qu'il y a pollution au sens de l'art. VII. La formule ne prête plus à discussion et elle ne fait obstacle, ni aux appréciations de fait décrites plus haut, ni aux acquiescements étatiques concrets[5].

Si ce point de vue est admis, la proposition d'amendement de M. *Verzijl* tendant à ajouter après les mots «chaque fois que la pollution dépasse» les mots «ou menace de dépasser», n'a plus d'objet. Elle apportait sinon une précision bienvenue.

La seconde suggestion de forme proposée par M. *Verzijl* tendant à remplacer les mots:

[4] A cet égard, la notion de *«grades»* (degrés?) proposée par notre confrère M. *Zemanek* n'est objectivable que par des accords interétatiques – à établir cas par cas – et cadre mal avec une obligation de droit international général qu'a pour objet de dégager le présent art. II.

[5] A titre de comparaison, le principe 3 § 3 de la Déclaration de l'U.N.E.P. a le contenu suivant: «(. . .) il est nécessaire que chaque Etat fasse en sorte que (. . .) de façon à protéger l'environnement, soient évités au maximum possible et réduits au minimum possible lors de l'utilisation d'une ressource naturelle partagée, les effets nuisibles à l'environnement (. . .).»

«a) prévenir de nouvelles formes de pollution ou l'augmentation du degré de pollution existant»

par les mots:

«a) prévenir de nouvelles formes ou un degré augmenté de pollution»

ne me paraît pas très heureuse sur le plan formel.

En conséquence, votre rapporteur vous propose de rédiger comme suit l'art. II:

«Afin de préserver dans la plus large mesure possible la qualité des eaux des bassins hydrographiques en fonction de leurs diverses utilisations, l'exercice d'une diligence raisonnable comporte l'obligation de prendre toutes les mesures de vigilance requises pour:

a) prévenir de nouvelles formes de pollution ou l'augmentation du degré de pollution existant;

b) réduire, dans les meilleurs délais, la pollution existante.»

Article III

«1. Les mesures de vigilance requises exigent notamment:

a) sur le plan interne: l'élaboration d'une législation et d'une réglementation appropriées ainsi que l'adoption de mesures administratives et juridictionnelles efficaces et suffisantes pour en assurer le respect;

b) sur le plan international: l'exercice d'une collaboration, de bonne foi, avec les autres Etats intéressés par le bassin hydrographique.

2. La vigilance doit être adaptée aux circonstances et, en particulier, à l'état de développement des Etats en cause. Elle doit toujours demeurer stricte dans les cas d'activités comportant des risques exceptionnels ou un danger pour des zones ou milieux particulièrement menacés.»

Cet article a fait l'objet des diverses observations suivantes:

1. Au premier paragraphe, litt. a), M. *Colliard* manifeste son opposition à l'égard du texte proposé dans la mesure où il exige des Etats l'adoption de «mesures (sic) juridictionnelles efficaces . . .» On ne peut pas faire fi de l'indépendance des tribunaux. Aussi notre confrère propose-t-il de rédiger ce litt. de la manière suivante:

«a) sur le plan interne: l'élaboration d'une législation et d'une réglementation appropriées, l'adoption de mesures administratives efficaces et suffisantes pour en assurer le respect ainsi que celui des décisions juridictionnelles intervenues;»

M. *Colliard* a incontestablement mis le doigt sur une fâcheuse rédaction. Ce que votre rapporteur avait voulu dire, c'était qu'il convenait qu'il existe dans le droit des Etats des procédures juridictionnelles. Il vous propose donc la rédaction suivante:

«a) sur le plan interne: l'élaboration d'une législation et d'une réglementation appropriées, ainsi que l'adoption de mesures administratives et de procédures juridictionnelles efficaces et suffisantes pour en assurer le respect;»

Il espère que cette rédaction satisfera aussi M. *Žourek* qui suggérait la formulation: «l'application des mesures administratives et juridictionnelles.»

2. A propos du premier paragraphe, litt. b), M. *Rousseau* se pose la question suivante:

«L'expression ‹autres Etats *intéressés* par le bassin hydrographique› n'est-elle pas trop vague? Et n'y aurait-il pas lieu de définir la notion de bassin hydrographique?»

Il est vrai que la formule est floue et même volontairement floue: il s'agit non seulement des autres Etats faisant partie du bassin hydrographique, mais aussi d'Etats tiers qui pourraient être intéressés par une pollution de la haute mer trouvant son origine dans ce bassin hydrographique.

Le détail de la collaboration en question, qui apparaît à l'art. VI, comprend notamment des conventions. On trouve certainement un précédent dans les conventions relatives à la pollution des mers d'origine tellurique.

Peut-être serait-il plus clair de dire: «intéressés à la protection de l'environnement du bassin hydrographique».

Quant à l'expression «bassin hydrographique», l'Institut s'en est déjà servi dans sa Résolution de Salzbourg. Ceci nous dispense peut-être d'en donner une définition?

3. Le paragraphe 2 comprend deux idées distinctes: l'une se rapporte à l'état de développement des Etats, l'autre concerne la question des risques exceptionnels.

Pour ce qui concerne la première idée selon laquelle: «La vigilance doit être adaptée aux circonstances et, en particulier, à l'état de développement des Etats en cause», M. *McDougal* se déclare «skeptical about an *a priori* weighting for developing countries». M. *Verzijl* émet aussi des doutes à propos de cette règle qu'il trouve vague. M. *Sette-Câmara* en appuie au contraire spécifiquement le texte.

L'idée exprimée dans cette partie de la résolution nous semble cependant l'application à la pollution d'une règle traditionnelle en matière de diligence due. On se rappellera à ce propos la sentence de Max Huber dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol:*

«... l'Etat 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'Etat 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 pu s'imposer. La vigilance qu'au point de vue du droit international l'Etat est tenu de garantir peut être caractérisée... comme une *diligentia quam in suis.*»
(R.S.A., II, p. 644; la même idée est exposée un peu plus loin, p. 646, à propos du devoir de répression pénale)

A un moment où les pays en voie de développement représentent plus des trois quarts de l'humanité, il est normal de mentionner que l'on est attentif aux difficultés qu'ils peuvent rencontrer du fait de leur situation particulière. Nous renvoyons aux textes de Stockholm cités dans notre rapport provisoire.

On retrouve la même idée dans la Déclaration du Programme des Nations Unies pour l'Environnement, principe 3, paragraphe 3 *in fine:*

«Sans porter préjudice au caractère général du principe susmentionné, il devrait être interprété en tenant compte, le cas échéant, des possibilités pratiques des Etats partageant la ressource naturelle.»

Comme l'a fait justement remarquer M. *Sette-Câmara* à propos de l'art. VI, il ne s'agit pas de donner aux pays en voie de développement un droit de polluer. Nous ajouterons: en particulier lorsque les moyens et techniques nécessaires sont à leur disposition. Il convient évidemment d'éviter l'exportation des entreprises polluantes vers les pays en voie de développement. Outre que dans ce cas, la technique nécessaire est évidemment à la disposition de ce type d'entreprises, la clause ajoutée à l'art. I qu'un Etat ne peut polluer son *propre* territoire trouverait à s'appliquer pour la protection des habitants des territoires en question.

4. Pour ce qui concerne la seconde idée contenue dans le paragraphe 2 selon laquelle la vigilance

«doit toujours demeurer stricte dans les cas d'activités comportant des risques exceptionnels ou un danger pour des zones ou milieux particulièrement menacés»

il y a tout d'abord une observation de forme de M. *Rousseau:*

«A la fin de l'article III, on peut se demander quelle est la signification exacte d'une vigilance ‹stricte›? Ne pourrait-on parler d'un devoir particulier de vigilance ou dire que celle-ci ‹doit s'apprécier d'une manière particulièrement rigoureuse›?»

Il nous semble que cette suggestion constitue une amélioration du texte et nous proposons de l'adopter.

Sur le fond, seul M. *McDougal* émet des réserves:

«The wording in Article III appears infected with some ambiguity. Does it offer a new standard? The introduction of a ‹strict standard› for ultrahazardous activities suggests that there is a different standard for ‹normal activities›. In any case, a finding of liability must depend upon a contextual examination of a great number of factors. The notion of ‹strict vigilance› could confuse the questions of what factors should be examined and by what criteria they should be evaluated.»

Encore une fois, nous ne pensons pas faire ici plus qu'une application au domaine de la pollution des principes généraux du droit international en matière de diligence due. La vigilance doit s'apprécier de manière particulièrement rigoureuse lorsque l'agent manie des matières particulièrement dangereuses ou lorsque l'objet de la pollution était justement classé parmi ceux devant faire l'objet d'une protection spéciale.

Votre rapporteur vous propose en conséquence l'article III dans la rédaction suivante:

«1. Les mesures de vigilance requises exigent notamment:

a) sur le plan interne: l'élaboration d'une législation et d'une réglementation appropriées, ainsi que l'adoption de mesures administratives et de procédures juridictionnelles efficaces et suffisantes pour en assurer le respect;

b) sur le plan international: l'exercice d'une collaboration de bonne foi avec les autres Etats intéressés à la protection de l'environnement du bassin hydrographique.

2. La vigilance doit être adaptée aux circonstances et, en particulier, à l'état de développement des Etats en cause. Elle doit s'apprécier d'une manière particulièrement rigoureuse dans les cas d'activités comportant des risques exceptionnels ou un danger pour des zones ou milieux particulièrement menacés.»

Article IV

«Conformément aux principes généraux du droit international, les activités exercées par les Etats dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle qui contreviennent aux obligations qui précèdent et causent un préjudice [sensible] dans les régions situées au-delà des limites de leur juridiction, entraînent leur responsabilité internationale.»

Comme il l'écrit lui-même, notre confrère M. *Colliard* propose après un amendement de détail, «une modification radicale de l'art. 4». Il s'exprime comme suit:

«D'une part, je pense qu'il ne faut pas viser les ‹principes généraux du droit international›, expression imprécise, ambiguë qui se rapproche, sans se confondre avec elle, de la fameuse formule de l'art. 38 du Statut de la Cour ‹principes généraux de droit reconnus . . .›

Je préfère l'emploi donc, comme à Stockholm et dans divers textes plus particuliers de ‹principes du droit international›.

Je ne suis pas sûr que de tels principes existent, c'est la raison pour laquelle je

préfère renverser la formule en indiquant que les Etats sont responsables, selon les principes du droit international.

Cela veut dire qu'ils le sont si de tels principes existent, mais qu'ils ne le sont pas si de tels principes n'existent pas.

On trouve une telle formulation dans diverses conventions internationales concernant la pollution, notamment marine.»

Il propose, en conséquence, de rédiger l'art. IV comme suit:

«Les Etats sont responsables selon les principes du droit international des activités exercées sur leur territoire ou sous leur contrôle qui causent un dommage dans des régions situées au-delà des limites de leur juridiction.»

Disons immédiatement que je me rallie à la première proposition consistant à parler de «principes du droit international» pour les raisons exprimées par M. *Colliard*.

Il n'en va pas de même pour la seconde proposition destinée à voiler une position dont M. *Colliard* ne cache pas le caractère négatif. Comme cette position me paraît isolée, à tout le moins dans le cadre de notre Commission, j'estime qu'il n'est pas possible de s'y rallier. Elle aurait pour résultat d'affaiblir considérablement la résolution de l'Institut.

Il faut reconnaître cependant que la pratique internationale rencontre parfois des formules équivoques de ce type, ainsi le principe 12 § 1 de la Déclaration du P.N.U.E.:

«1. Les Etats sont tenus de s'acquitter de leurs obligations internationales dans le domaine de l'environnement en ce qui concerne la conservation et l'utilisation de ressources naturelles partagées. Ils sont tenus responsables, conformément au droit international applicable, des dommages causés à l'environnement dans des régions situées hors des limites de leur juridiction et imputables à des violations de ces obligations.»

Pour ce qui concerne la question du caractère «sensible» ou non du préjudice, MM. *McDougal, Sette-Câmara* et *Verzijl* proposent de conserver cet adjectif, MM. *Ziccardi* et *Žourek* de ne pas l'indiquer.

A mon sens, l'élément nouveau est évidemment la proposition d'abandonner ce qualificatif à l'art. I.

La responsabilité est le corollaire de la violation d'une obligation. Si l'obligation se borne à envisager un dommage à l'environnement, on ne voit pas la raison pour laquelle la responsabilité provenant de la violation de cette obligation serait tout d'un coup affectée d'une condition supplémentaire. La logique des choses veut donc, me semble-t-il, que l'on utilise à l'art. IV les mêmes expressions qu'à l'art. I.

La seule différence entre l'art. I et l'art. IV se rapporte aux régions

affectées par le dommage. En matière de responsabilité internationale, le propre territoire de l'Etat est évidemment irrelevant. Ce qui compte, c'est le territoire d'autres Etats ou les régions ne relevant d'aucune juridiction nationale, sauf à envisager une quelconque *actio popularis* dans ce domaine – qui n'est peut-être pas totalement exclue vu l'art. 19 du projet de la Commission du droit international, mais qui semble suffisamment hypothétique pour qu'on puisse la négliger ici.

Notre collègue M. *Seidl-Hohenveldern* signale à notre attention le cas intéressant des responsabilités cumulées. Cette hypothèse très concrète – que l'on pense ainsi aux Pays-Bas pour ce qui concerne le Rhin – nous paraît cependant pouvoir être réglée à la lumière des principes dégagés ci-dessus.

Votre rapporteur vous propose, en conclusion, l'art. IV dans la rédaction qui suit:

«Conformément aux principes du droit international, les activités exercées par les Etats dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle qui contreviennent aux obligations qui précèdent et causent un préjudice dans les régions situées au-delà des limites de leur juridiction, entraînent leur responsabilité internationale.»

Article V

«Afin d'assurer un système efficace de prévention et de réparation pour les victimes de la pollution transfrontière, les Etats devraient instaurer des régimes conventionnels particuliers comportant une responsabilité objective des pollueurs en cas de dommage survenant à la suite d'activités comportant un risque exceptionnel.»

Cet article a également fait l'objet de plusieurs remarques des membres de la Commission.

Tout d'abord de M. *Colliard* qui propose la rédaction suivante:

«Afin d'assurer un système efficace de prévention et de réparation pour les victimes de la pollution transfrontière, les Etats devraient définir dans des conventions particulières les modalités d'un régime spécial comportant notamment une responsabilité objective de l'auteur du dommage en cas de pollution entraînée par des activités comportant un risque exceptionnel;»

Il nous paraît qu'on peut se rallier à ce texte, sous réserve cependant que les conventions particulières ne définiront pas nécessairement un seul régime spécial de responsabilité objective. La pratique actuelle démontre que ces régimes sont au contraire très divers. Il convient aussi de tenir compte des observations qui suivent.

Notre confrère M. *Verzijl* se demande, pour sa part, qui sont les pollueurs visés par la résolution: les industries ou entreprises publiques ou aussi l'Etat?

Dans son ouvrage sur «La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle» (Paris, Pédone 1976), Pierre-Marie Dupuy a montré que les mécanismes de responsabilité objective prévus actuellement par des conventions internationales stipulent des modalités diverses de mise en cause de l'Etat (responsabilité directe, différée ou supplétive). La matière est trop complexe pour pouvoir être résumée en un article.

Aussi proposons-nous d'éviter ce problème en se référant – dans le texte suggéré par M. *Colliard* – à «des mécanismes de responsabilité objective» au lieu de «une responsabilité objective de l'auteur du dommage».

Enfin, M. *McDougal* attire notre attention sur l'importance en la matière d'un mécanisme d'assurance obligatoire. M. *Seidl-Hohenveldern* fait aussi allusion aux fonds d'indemnisation.

De fait, les conventions récentes

«en matière de pollution radioactive ou par hydrocarbures ont instauré des systèmes de responsabilité objective accompagnés de fonds d'indemnisation financés en premier lieu par certains pollueurs bien définis et en second lieu par les Etats.»

On pourrait faire droit à cette préoccupation en visant dans la résolution les fonds d'indemnisation.

L'art. V vous est donc proposé dans la rédaction suivante:

«Afin d'assurer un système efficace de prévention et de réparation pour les victimes de la pollution transfrontière, les Etats devraient définir dans des conventions particulières les modalités de régimes spéciaux comportant notamment des mécanismes de responsabilité objective et des fonds d'indemnisation en cas de pollution entraînée par des activités comportant un risque exceptionnel.»

Article VI

Paragraphe 1, phrase introductive

«1. Dans l'exercice de leur devoir de coopération, les Etats faisant partie d'un même bassin hydrographique doivent, dans toute la mesure du possible, par la voie d'accords, recourir aux modalités suivantes de coopération:»

M. *Verzijl* signale dans ses observations que la voie de l'accord ne s'impose pas nécessairement pour toutes les modalités de coopération énumérées dans la suite du paragraphe.

Pour tenir compte de cette remarque, nous proposons de rédiger ce paragraphe liminaire comme suit:

«Dans l'exercice de leur devoir de coopération, les Etats faisant partie d'un

même bassin hydrographique doivent, dans toute la mesure du possible, notamment par la voie d'accords, recourir aux modalités suivantes de coopération:»

Paragraphe 1, a)

«a) informer régulièrement les autres Etats riverains sur toutes les données appropriées relatives à la pollution du bassin, ses causes, sa nature, les dommages qu'elle provoque et les modalités de prévention;»

Ce sous-paragraphe n'a fait l'objet d'aucune proposition de modification.

Paragraphe 1, b)

«b) aviser à temps les Etats intéressés lorsqu'ils envisagent, sur leur territoire, des activités susceptibles de créer un risque de pollution transfrontière sensible pour le bassin;»

M. *Colliard* remarque, à juste titre, que cette rédaction limite l'obligation d'avis par les Etats à l'hypothèse où ils entreprennent eux-mêmes des activités alors qu'il s'agit d'activités qui peuvent émaner de particuliers.

Il propose par conséquent le texte suivant:

«b) aviser à temps les Etats intéressés lorsque sur le territoire d'un Etat sont envisagés des travaux ou des activités susceptibles de créer un risque de pollution transfrontière sensible pour le bassin;»

La remarque est juste, mais le sujet, dans la phrase introductive, étant «les Etats faisant partie d'un même bassin hydrographique», la répétition du mot «Etat» soulève des difficultés.

Une manière plus simple de répondre au souci de M. *Colliard* serait de remplacer dans la rédaction originale les mots «lorsqu'ils envisagent» par «lorsque sont envisagées».

Notre confrère M. *McWhinney* suggère que l'on supprime, ici aussi, le qualificatif «sensible».

Le principe 6 de la Déclaration du P.N.U.E. qui traite de la même question limite aussi l'obligation d'avertir

«quand on peut raisonnablement s'attendre à ce que cette utilisation affecte de façon sensible l'environnement du territoire de l'autre Etat ou des autres Etats;»

Selon la définition donnée par la Déclaration:

«l'expression ‹effets sensibles› se réfère à des effets appréciables sur une ressource naturelle partagée et exclut des effets ‹*de minimis*›.»

La notion de «risque sensible» se trouve aussi dans les recommandations C (74) 224 du Conseil de l'O.C.D.E. concernant des principes relatifs à la pollution de non-discrimination.

Nous proposons, par conséquent, de conserver ici la qualification de «sensible».

Le paragraphe b) se lirait donc comme suit:

«b) aviser à temps les Etats intéressés lorsque sont envisagées, sur leur territoire, des activités susceptibles de créer un risque de pollution transfrontière sensible pour le bassin;»

Paragraphe 1, c)

«c) se consulter sur les problèmes de pollution transfrontière du bassin existants ou prévisibles, de manière à aboutir par les modes de règlement de leur choix, à une solution conforme aux intérêts des Etats concernés et à la protection de l'environnement;»

Ce paragraphe n'a fait l'objet d'aucune observation.

Paragraphe 1, d)

«d) alerter les Etats susceptibles d'être affectés par un accroissement soudain du niveau de pollution transfrontière dans le bassin et prendre toutes les mesures appropriées pour réduire les effets d'un tel accroissement;»

M. *Colliard* propose d'utiliser le verbe «avertir» plutôt que le verbe «alerter» qui lui paraît relever du langage courant.

Je n'y vois pas d'inconvénient si on y ajoute l'expression «d'urgence». C'est l'expression utilisée par la Recommandation C (74) 224 précitée de l'O.C.D.E. et la Déclaration du P.N.U.E. (principe 9).

Ce paragraphe aurait donc la rédaction suivante:

«d) avertir d'urgence les Etats susceptibles d'être affectés par un accroissement soudain du niveau de pollution transfrontière dans le bassin et prendre toutes les mesures appropriées pour réduire les effets d'un tel accroissement;»

Paragraphe 1, e)

«e) coordonner ou rendre commun leurs programmes de recherche scientifique et technique de lutte contre la pollution du bassin;»

Il n'a fait l'objet d'aucune observation.

Paragraphe 1, f)

«f) créer des commissions internationales, aux compétences les plus efficaces

possibles, sur l'ensemble du bassin ou renforcer les pouvoirs ou la coordination des institutions existantes;»

M. *Rousseau* hésite sur la terminologie «les compétences les plus efficaces» en remarquant, à juste titre, que ce ne sont pas les compétences qui sont les plus efficaces, mais le résultat de leur exercice.

M. *Colliard* le rejoint en proposant de parler des compétences les plus «étendues».

Je n'ai pas d'objection à cette dernière proposition. Le paragraphe 1 f) se lirait donc comme suit:

«f) créer des commissions internationales, aux compétences les plus étendues, sur l'ensemble du bassin ou renforcer les pouvoirs ou la coordination des institutions existantes;»

Paragraphe 1, g)

«g) établir de commun accord des normes d'environnement auxquelles devront répondre chaque bassin ou des portions de celui-ci;»

M. *Seidl-Hohenveldern* se demande si, vu l'importance particulière de cette question, il ne faudrait pas en faire un article séparé. Bien que nous soyons conscients de son relief, il nous paraît cependant difficile, sans rompre l'équilibre du projet, de privilégier à ce point ce mode de coopération.

M. *Colliard* propose de compléter ce paragraphe par une allusion aux normes de qualité. Il propose la rédaction suivante qui nous paraît judicieuse:

«g) établir de commun accord des normes d'environnement, en particulier des normes de qualité auxquelles devra satisfaire un bassin dans son ensemble ou partie;»

Paragraphe 1, h)

«h) établir de manière harmonisée, coordonnée ou unifiée, des réseaux d'observation permanents et de contrôle de la pollution;»

Ce paragraphe n'a fait l'objet d'aucune proposition de modification.

Paragraphe 1, i)

«i) développer les garanties pour les particuliers victimes d'activités polluantes, tant au stade de la prévention qu'à celui de la réparation par l'élargissement, de manière non discriminatoire, de l'accès aux procédures juridictionnelles et administratives des Etats d'où les activités sont originaires et par la mise au point de fonds

d'indemnisation pour les dommages écologiques dont l'origine ne peut être clairement définie ou d'une ampleur dépassant les moyens de solvabilité des responsables.»

Ce paragraphe a fait l'objet d'une forte opposition de la part de M. *Zemanek;* il y voit une idée typiquement d'Europe occidentale qui ne peut être appliquée universellement pour les raisons suivantes:

«First, it would benefit States which deliberately set a very low standard in their own legislation, in which respect I fully share the observations of our confrère Sette-Câmara in his reply to question 15 of the ‹Exposé préliminaire›, and thus place an unreciprocal burden on States with a highly developed environment-protection legislation.

Secondly, the request for access without discrimination implies the existence of effective legal remedies to which this access is requested. Whether such remedies exist and whether they are effective depends, however, on the socio-economic system of the State concerned. These systems may differ considerably, even in neighbouring countries.

Thirdly, the contention that individuals will defend their rights in a foreign country assumes a certain level of education, of access to information, of possibilities for consultation, and of financial resources of the persons concerned. There are many States in the world where these conditions are, at present, only met by a small élite and not by the population at large. And this situation may not change for many years.

For these reasons I feel that the recommendation may be valid in a regional context, like E.E.C. or O.E.C.D., among States with similar legal and socio-economic systems and a uniformly high level of development, but is delusive even in European East-West relations.»

Il est difficile de nier la pertinence de ces remarques. Des préoccupations similaires ont été exprimées lors de l'élaboration du principe 14 de la Déclaration du P.N.U.E. relatif au principe de non-discrimination. Le principe 14 n'en a néanmoins pas été abandonné pour autant. Il a le contenu suivant:

«Les Etats devraient, conformément à leur système juridique et, le cas échéant, sur une base convenue entre eux, s'efforcer d'accorder aux ressortissants d'autres Etats qui ont subi ou qui pourraient subir, en matière d'environnement, des dommages résultant de l'utilisation de ressources naturelles partagées, des possibilités équivalentes d'accès aux mêmes procédures administratives et judiciaires et de traitement dans le cadre de ces procédures et leur donner les mêmes possibilités de réparation que celles dont disposent les personnes relevant de leur propre juridiction, qui ont subi ou qui pourraient subir des dommages analogues.»

Pour ce qui concerne plus particulièrement les trois objections de M. *Zemanek,* on peut répondre à la première que le système proposé par le paragraphe i) n'exclut pas un système de protection par la voie d'une

condition de réciprocité, que l'existence ou le développement de voies de recours internes sont spécifiquement prévus à l'art. III, 1, a) et qu'enfin l'inégalité des hommes devant la loi n'est pas seulement l'apanage des pays en voie de développement.

Les critiques visent sans doute moins le principe de non-discrimination lui-même que son application concrète, à propos de laquelle les observations de M. *Zemanek* ont toutes leur valeur.

M. *Verzijl* adresse à ce paragraphe des critiques d'un autre ordre. Il relève tout d'abord qu'il ne peut y avoir de victimes au stade de la prévention. Dont acte. Nous proposons de parler des «particuliers susceptibles d'être préjudiciés par des activités polluantes».

A son tour, il signale que l'accès aux procédures juridictionnelles doit être ouvert avant de pouvoir être élargi. Bien que l'art. III, 1, a) est censé s'occuper de cette ouverture, il n'y a pas d'inconvénient à parler ici d'«ouverture la plus large» au lieu d'«élargissement».

M. *Verzijl* se demande enfin quelle est la *ratio* de la deuxième hypothèse dans laquelle est envisagé le fonds d'indemnisation – lorsque les dommages sont «d'une ampleur dépassant les moyens de solvabilité des responsables». Le recours par l'Etat à son insolvabilité lui paraît devoir être exclu s'il est responsable. Ici encore, l'observation est pertinente. Il est évident que le rapporteur n'entendait pas viser l'Etat lui-même en traitant de la solvabilité des responsables de pollutions. En toute occurrence, il semble préférable de se borner à traiter le cas des dommages «qui sont d'une ampleur exceptionnelle». C'est à la technique d'indemnisation des risques catastrophiques à laquelle il doit être fait référence plutôt qu'à la circonstance d'insolvabilité.

Il est en conséquence proposé de rédiger le paragraphe 1, i) comme suit:

«i) développer les garanties pour les particuliers susceptibles d'être préjudiciés par des activités polluantes, tant au stade de la prévention que de la réparation par l'ouverture la plus large, de manière non discriminatoire, de l'accès aux procédures juridictionnelles et administratives des Etats d'où les activités sont originaires et par la mise au point de fonds d'indemnisation pour les dommages écologiques dont l'origine ne peut être clairement définie ou qui sont d'une ampleur exceptionnelle.»

Article VI: Paragraphe 2

«2. Les pays développés devraient accorder une aide technique et financière appropriée aux pays en voie de développement pour faciliter à ceux-ci la prévention et la réduction de la pollution.»

Notre confrère M. *Verzijl* est le seul à faire des observations sur ce paragraphe. Il s'exprime comme suit:

«Votre projet de résolution s'occupe exclusivement de la pollution de bassins hydrographiques communs. La seule hypothèse qu'il puisse avoir en vue dans ce cadre est donc celle d'un bassin commun à un ou plusieurs Etats développés et un ou plusieurs pays en voie de développement, une hypothèse dont, d'ailleurs, je ne connais pas d'exemples. Si cet alinéa était destiné, par la généralité de sa rédaction, à dépasser le cadre systématique et à obliger, par exemple, la Norvège à subsidier le Zaïre, je le rejetterais absolument.»

Il ne fait pas de doute que le but du paragraphe 2 est d'envisager la situation de la coopération internationale en dehors d'un bassin hydrographique déterminé, sinon l'hypothèse envisagée aurait été ajoutée aux modalités prévues au paragraphe 1.

La proposition contenue dans le paragraphe 2 ne sort du cadre général de la résolution qu'en apparence.

L'art. III, 2 a pris en considération la situation des pays en voie de développement comme une circonstance de nature à influer sur l'obligation de diligence. Le présent paragraphe prévoit le caractère souhaitable d'une aide financière et technique aux pays en voie de développement pour supprimer les conditions d'existence de la circonstance en question.

Si l'on ajoute que cette idée a été largement défendue dans la Déclaration de Stockholm (voir notre rapport provisoire et les observations de M. *Sette-Câmara*), et qu'elle se présente dans notre projet de résolution sous forme de simple recommandation, il ne me semble pas qu'il y ait lieu de renoncer à cette disposition.

Article VII

«L'usage dans la présente résolution du mot ‹pollution› s'entend de toute modification physique, chimique ou biologique de la composition ou de l'état des eaux résultant directement ou indirectement d'une action de l'homme et qui a pour conséquence de porter atteinte aux utilisations que ces eaux ont vocation de satisfaire.»

Cette disposition n'a fait l'objet d'aucune remarque.

A la réflexion, votre rapporteur s'est demandé si cette disposition ne serait pas mieux placée en tête de la résolution, en particulier du fait que le sens du mot «pollution» doit être bien perçu pour comprendre les art. I et IV. Cette modification de l'ordre des articles pourra être réalisée aisément dans la suite de nos travaux si l'opinion qui précède trouve écho au sein de la Commission.

L'ensemble du projet de résolution aura donc le contenu suivant:

Projet de résolution

L'Institut de Droit international

Considérant que la protection et l'amélioration de l'environnement sont des devoirs qui s'imposent aux Etats en vue de satisfaire les besoins et revendications fondamentaux des hommes et des peuples;

Considérant que la pollution transfrontière qui frappe les bassins hydrographiques qui s'étendent sur le territoire de plus d'un Etat prend des proportions de plus en plus alarmantes et diversifiées;

Rappelant ses résolutions de Madrid (1911) et de Salzbourg (1961);

Conscient des multiples vocations que peuvent présenter les bassins hydrographiques internationaux et de l'existence d'un intérêt commun à l'utilisation rationnelle et équitable de telles ressources en recherchant un équilibre raisonnable des intérêts en présence;

Soulignant l'applicabilité à la matière du principe d'égalité [souveraine] des Etats, des règles régissant les rapports de voisinage, et du principe selon lequel il est interdit aux Etats d'utiliser leur territoire de manière à causer un préjudice illégitime à autrui;

Rappelant qu'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain est un crime international;

Constate l'existence en droit international des règles suivantes et formule les recommandations ci-après:

Art. I

Dans le cadre de leur droit souverain d'exploiter leurs ressources selon la politique d'environnement qu'ils déterminent et sans préjudice de leurs obligations conventionnelles, les Etats ont le devoir de veiller avec

une diligence raisonnable à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans leur propre territoire, dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

Art. II

Afin de préserver dans la plus large mesure possible la qualité des eaux des bassins hydrographiques en fonction de leurs diverses utilisations, l'exercice d'une diligence raisonnable comporte l'obligation de prendre toutes les mesures de vigilance requises pour:

a) prévenir de nouvelles formes de pollution ou l'augmentation du degré de pollution existant;

b) réduire, dans les meilleurs délais, la pollution existante.

Art. III

1. Les mesures de vigilance requises exigent notamment:

a) sur le plan interne: l'élaboration d'une législation et d'une réglementation appropriées, ainsi que l'adoption de mesures administratives et de procédures juridictionnelles efficaces et suffisantes pour en assurer le respect;

b) sur le plan international: l'exercice d'une collaboration de bonne foi avec les autres Etats intéressés à la protection de l'environnement du bassin hydrographique.

2. La vigilance doit être adaptée aux circonstances et, en particulier, à l'état de développement des Etats en cause. Elle doit s'apprécier d'une manière particulièrement rigoureuse dans les cas d'activités comportant des risques exceptionnels ou un danger pour des zones ou milieux particulièrement menacés.

Art. IV

Conformément aux principes du droit international, les activités exercées par les Etats dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle qui contreviennent aux obligations qui précèdent et causent un préjudice dans les régions situées au-delà des limites de leur juridiction, entraînent leur responsabilité internationale.

Art. V

Afin d'assurer un système efficace de prévention et de réparation pour les victimes de la pollution transfrontière, les Etats devraient définir

dans des conventions particulières les modalités de régimes spéciaux comportant notamment des mécanismes de responsabilité objective et des fonds d'indemnisation en cas de pollution entraînée par des activités comportant un risque exceptionnel.

Art. VI

1. Dans l'exercice de leur devoir de coopération, les Etats faisant partie d'un même bassin hydrographique doivent, dans toute la mesure du possible, notamment par la voie d'accords, recourir aux modalités suivantes de coopération:

a) informer régulièrement les autres Etats riverains sur toutes les données appropriées relatives à la pollution du bassin, ses causes, sa nature, les dommages qu'elle provoque et les modalités de prévention;

b) aviser à temps les Etats intéressés lorsque sont envisagées, sur leur territoire, des activités susceptibles de créer un risque de pollution transfrontière sensible pour le bassin;

c) se consulter sur les problèmes de pollution transfrontière du bassin existants ou prévisibles, de manière à aboutir par les modes de règlement de leur choix, à une solution conforme aux intérêts des Etats concernés et à la protection de l'environnement;

d) avertir d'urgence les Etats susceptibles d'être affectés par un accroissement soudain du niveau de pollution transfrontière dans le bassin et prendre toutes les mesures appropriées pour réduire les effets d'un tel accroissement;

e) coordonner ou rendre commun leurs programmes de recherche scientifique et technique de lutte contre la pollution du bassin;

f) créer des commissions internationales, aux compétences les plus étendues, sur l'ensemble du bassin ou renforcer les pouvoirs ou la coordination des institutions existantes;

g) établir de commun accord des normes d'environnement, en particulier des normes de qualité auxquelles devra satisfaire un bassin dans son ensemble ou partie;

h) établir de manière harmonisée, coordonnée ou unifiée, des réseaux d'observation permanents et de contrôle de la pollution;

i) développer les garanties pour les particuliers susceptibles d'être préjudiciés par des activités polluantes, tant au stade de la prévention que de la réparation par l'ouverture la plus large, de manière non discriminatoire, de l'accès aux procédures juridictionnelles et administratives des Etats d'où les activités sont originaires et par la mise au point de fonds

d'indemnisation pour les dommages écologiques dont l'origine ne peut être clairement définie ou qui sont d'une ampleur exceptionnelle.

2. Les pays développés devraient accorder une aide technique et financière appropriée aux pays en voie de développement pour faciliter à ceux-ci la prévention et la réduction de la pollution.

Art. VII

L'usage dans la présente résolution du mot ‹pollution› s'entend de toute modification physique, chimique ou biologique de la composition ou de l'état des eaux résultant directement ou indirectement d'une action de l'homme et qui a pour conséquence de porter atteinte aux utilisations que ces eaux ont vocation de satisfaire.

Annexe

Observations des membres de la Quinzième Commission sur le rapport provisoire

1. Observations de M. Claude-Albert Colliard

Paris, le 16 février 1979

Explication des modifications proposées au projet de résolution

Modification 1

Je ne suis pas favorable à une allusion imprécise à des «revendications fondamentales de l'homme et des peuples» en matière de protection et amélioration de l'environnement. Cette formule me semble exprimer trop ou trop peu. Elle semble, en effet, reprendre, en lui mettant une sourdine, une autre formule selon laquelle existerait un droit à la protection ou à l'amélioration de l'environnement qui serait un «droit de l'homme».

Je suggère donc la modification proposée afin de garder la notion d'un «devoir» de l'Etat et en faisant symétriquement allusion non pas à des droits de l'homme mais à des besoins fondamentaux. Cette formule permet de viser aussi les peuples sans prendre parti sur le problème «droits de l'homme ou droits des peuples».

Texte proposé:

«Considérant que la protection et l'amélioration de l'environnement sont des devoirs qui s'imposent aux gouvernements en vue de satisfaire aux besoins fondamentaux des hommes et des peuples;»

Modification 2

Je suggère de substituer à «il est interdit» la formule équivalente mais moins brutale: «les Etats ne doivent pas». Elle me paraît, au demeurant, plus conforme au régime international actuel.

Texte proposé:

«Soulignant l'applicabilité à la matière du principe d'égalité souveraine des Etats, des règles régissant les rapports de voisinage, et du principe selon lequel *les*

Etats ne doivent pas utiliser leur territoire de manière à causer un préjudice illégitime à autrui;»

Modification 3

J'avoue ne pas être favorable à la formule du projet de rapport. Si l'on constate l'existence de règles dont l'énoncé suit, pourquoi formuler des recommandations. Il n'y aurait aucun progrès, pas même dans le domaine de la codification. D'où la modification suggérée. Elle consiste à viser l'existence déjà actuelle de règles, tout en se gardant de les expliciter et à formuler effectivement des recommandations.

Texte proposé:

Constatant l'existence en droit international de règles concernant les problèmes de la pollution,

Formule les recommandations ci-après:

Modification 4

Plutôt que de viser une «pollution/dommageable/sensible» je suggère que l'on indique «dommage à l'environnement», et je ne fais aucune objection à ce que l'on mentionne «dommage sensible».

Modification 5

Dans l'art. 2, au lieu de «vocations diverses» des bassins, je propose «diverses utilisations», ce qui me paraît correspondre à toute une série de textes de droit positif qui classent les diverses utilisations des eaux.

Modification 6

J'avoue manifester une opposition très nette à l'égard du texte proposé dans la mesure où il exige des Etats l'adoption de mesures (sic) juridictionnelles efficaces... On ne peut pas faire fi de l'indépendance des tribunaux. C'est la raison pour laquelle je fais porter l'adoption de mesures administratives sur la nécessité de respecter la législation, les textes réglementaires et les décisions de justice. Il ne faut pas mettre le «juridictionnel» au-dessous du législatif et moins encore du «réglementaire».

Texte proposé:

Les mesures de vigilance requises exigent notamment:

a) sur le plan interne: l'élaboration d'une législation et d'une réglementation appropriée, l'adoption de mesures administratives efficaces et suffisantes pour en assurer le respect *ainsi que celui des décisions juridictionnelles intervenues;*

Modification 7

Je propose une modification radicale de l'art. 4. D'une part, je pense qu'il ne faut pas viser les «principes généraux du droit international», expression imprécise, ambiguë qui se rapproche, sans se confondre avec elle, de la fameuse formule de l'art. 38 du Statut de la Cour: «principes généraux de droit reconnus...».

Je préfère l'emploi donc, comme à Stockholm et dans divers textes plus particuliers de «principes du droit international».

Je ne suis pas sûr que de tels principes existent; c'est la raison pour laquelle je préfère renverser la formule en indiquant que les Etats sont responsables, selon les principes du droit international. Cela veut dire qu'ils le sont si de tels principes existent, mais qu'ils ne le sont pas si de tels principes n'existent pas. On trouve une telle formulation dans diverses conventions internationales concernant la pollution, notamment marine.

Texte proposé:

Les Etats sont responsables selon les principes du droit international des activités exercées sur leur territoire ou sous leur contrôle qui causent un dommage dans des régions situées au-delà des limites de leur juridiction.

Modification 8

Je suggère de rédiger différemment l'art. 5. Je ne suis pas très tenté par la formule «régimes conventionnels particuliers». Par ailleurs, notre texte vise les Etats. Je suis entièrement d'accord pour viser les pollueurs, mais encore convient-il de marquer ici un lien de causalité qui est essentiel dans la technique de la responsabilité objective. D'où la rédaction proposée.

Texte proposé:

Afin d'assurer un système efficace de prévention et de réparation pour les victimes de la pollution transfrontière, les Etats devraient *définir dans des conventions particulières les modalités d'un régime spécial comportant notamment une responsabilité objective de l'auteur du dommage en cas de pollution entraînée par des activités comportant un risque exceptionnel;*

Modification 9

Au point b) de l'art. 6, le texte proposé limite l'obligation d'avis par les Etats à l'hypothèse où *ils* entreprennent des activités, alors qu'il s'agit d'activités qui peuvent émaner de particuliers. Ainsi s'explique la rédaction proposée.

Texte proposé:

b) aviser à temps les Etats intéressés *lorsque sur le territoire d'un Etat sont envisagés des travaux ou des activités* susceptibles . . .

Modification 10

Elle est mineure, mais le mot «alerter» me paraît relever du langage courant et je suggère le mot «avertir» pour ne pas employer, à nouveau, le mot «aviser» utilisé à l'alinéa b).

Modification 11

Elle est mineure. L'expression «compétences efficaces» ne me paraît pas habituelle, ni heureuse. Je suggère la formule banale «compétences les plus étendues».

Modification 12

Je suggère de compléter l'alinéa g) par une allusion aux normes de qualité.

Texte proposé:

g) établir de commun accord des normes d'environnement *en particulier des normes de qualité auxquelles devra satisfaire un bassin dans son ensemble ou partie;*

Claude A. Colliard

2. *Observations de M. Robert Y. Jennings*

Cambridge, 25 January 1979

Dear Colleague,

Thank you for your letter of 11 January, reminding me that I have yet to comment upon your projet de résolution for the Commission on the pollution of rivers and lakes. I am most sorry to have kept you waiting; I have been away from Cambridge most of the last few weeks.

I have little to say except to express my warm admiration for the drafting skill with which you have managed to weld our comments into a projet which represents very well the general consensus that has emerged. For myself, I am very happy with it.

Of the two words in [] in Article 1, I should I think prefer *sensible,* because it says something positive, whereas *dommageable* is rather technical and could be the cause of legalistic quibbles. Of course there might be something to be said for using both.

In general I am still a little unhappy that it is mostly perforce in terms of delict, and of duties between States; but one has to use what legal material is to hand and I think, with respect, that it could hardly have been done better. It would be good if we could somehow get across the message that a State ought not to have any right to pollute seriously in its own territory, quite apart from any question of damage to another. But something of that is strongly implicit in Article 6.

Thank you very much for your magnificent work.

Yours sincerely, *R. Y. Jennings*

3. *Observations de M. Myres S. McDougal*

New Haven, Conn., December 12, 1978

My dear Colleague,

Unhappily, I don't have time to get our problem back in mind sufficiently to make helpful suggestions. More happily, you appear from a quick reading to have done a superlative job, and I congratulate and thank you. I offer only brief comments on the proposed resolution.

In relation to Articles 1 and 4, the word «sensible» would appear to be much better than «dommageable» for qualifying «pollution» and «prejudice». The definition of «pollution» in Article 7 makes «dommageable» tautologous and superfluous.

The working in Article 3 appears infected with some ambiguity. Does it offer a new standard? The introduction of a «strict standard» for ultrahazardous activities suggests that there is a different standard for «normal activities». In any case, a finding of liability must depend upon a contextual examination of a great number of

factors. The notion of «strict vigilance» could confuse the questions of what factors should be examined and by what criteria they should be evaluated. I am also skeptical about an a priori weighting for developing countries.

In relation to Article 5 it is not clear how an effective system for the prevention of transfrontier pollution and compensation for the victims of such pollution are served by the notion of «objective responsibility». Compulsory insurance might be more effective.

All the above are, however, but pinpricks on your very careful rendering of a highly complex topic. Our entire group is in your debt.

Cordially, *Myres S. McDougal*

4. Observations de M. Edward McWhinney

Vancouver, November 24th, 1978

My dear Jean,

I duly received your letter of September 26th, 1978, and also the Provisional Report and Annexes of the 15th Commission. I have also received your letter of November 8th, 1978, containing the amended Page 81 to the Provisional Report.

First of all, allow me to congratulate you on the high intellectual quality of the Provisional Report and also the initiative and imagination with which you have approached your *rôle* as *rapporteur*. I believe that the Provisional Report breaks significant new ground in terms of international law doctrine, and senses the «winds of change» that are contributing historically to the progressive development of international law.

We had the opportunity of talking at length, at Oslo, on this subject, and so your views and my own are in substantial accord. I am therefore fully prepared to endorse the Report as it now stands. What I have to say in this comment goes simply to further refinement or correction of my own views as conveyed in the Report, and to possible minor improvements in the wording of the Resolution: –

Page 201: I believe you would wish to include me among those listed in the first two lines as supporting the existence of a general rule of international law in interdiction of pollution. (See my Observations in response to your original Questionnaire). I would simply repeat that apart from its existence under classical international law, it is certainly also one of the prime rules of the «new» international law developing since World War II.

Page 202: The notion of *abus de droit* is comparatively novel in Common Law jurisprudence, making its way in through borrowings from the *droit civil* and ultimately from the Roman Law. In so far as it rests, in Common Law thinking, on the principles of mutuality and reciprocity, I do not believe we would separate it, either historically or doctrinally, from the notion *sic utere tuo ut alienum non laedas.*

Page 241: I would prefer not to link the concept of self-help, in its contemporary public international law manifestations, to those categories – increasingly discarded as legally outmoded and anachronistic – of retorsion and reprisals. Self-help seems better linked to the category of self-defence (including the newer notion of

anticipatory, preventive, self-defence), and to the Common Law doctrine as to the plaintiff's duty to mitigate damages, perhaps.

Pages 264 to 267 (Project of Resolution): The Project of Resolution could be improved through tightening up its formulation by removing some of the qualifying or limiting phrases: –

Article 1 – (dommageable); (sensible);

Article 2 – «chaque fois que la pollution dépasse un niveau tolérable»;

Article 2b) – «au niveau tolérable»;

Article 6b) – «sensible».

Such qualifications are, to the extent necessary, implicit in the actual interpretation of the Project of Resolution: to spell them out, in terms, in the Resolution tends to weaken its general import.

I hope these comments are helpful to you.

Sincerely, *Edward McWhinney* Q.C.

5. Observations de M. Charles Rousseau

Paris, le 27 novembre 1978

Mon cher Confrère,

J'ai pris connaissance avec un grand intérêt de votre rapport provisoire sur «La pollution des fleuves et des lacs». C'est un travail remarquable par l'ampleur des recherches et par la rigueur des conclusions et j'en approuve entièrement l'esprit.

J'adhère de même au projet provisoire de résolution soumis aux membres de la Commission. Il n'appelle de ma part que de brèves observations de forme.

1. Est-il nécessaire de faire appel au principe de l'égalité *souveraine* à l'avant-dernier alinéa du préambule? Vous avez sans doute par là eu le souci de rester dans le cadre de la Charte des Nations Unies. Mais, outre que l'épithète n'ajoute rien au principe, on peut se demander s'il est opportun d'invoquer ici, même par une simple épithète, le concept de souveraineté dans un domaine où l'Etat n'est que trop porté à souligner le caractère discrétionnaire de son action – ou de son abstention.

2. A l'article 3 § b *in fine,* l'expression «autres Etats *intéressés* par le bassin hydrographique» n'est-elle pas trop vague? Et n'y aurait-il pas lieu de définir la notion de bassin hydrographique?

3. A la fin de l'article 3, on peut se demander quelle est la signification exacte d'une vigilance *«stricte»*? Ne pourrait-on parler d'un devoir particulier de vigilance ou dire que celle-ci «doit s'apprécier d'une manière particulièrement rigoureuse»?

4. L'article 6 *litt. f* propose d'attribuer aux Commissions internationales «les compétences les plus efficaces». Est-ce le meilleur terme? Ce ne sont pas les compétences qui sont les plus efficaces, mais les résultats de leur exercice. Mais c'est là une querelle de puriste sans importance quant au fond.

Croyez, mon cher Confrère, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs et les plus cordiaux. *Ch. Rousseau*

6. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern

Cologne, le 6 novembre 1978

Mon cher Ami,

Merci beaucoup de m'avoir envoyé votre excellent rapport provisoire. En ce qui concerne la responsabilité absolue pour des risques exceptionnels (p. 215) une partie de la doctrine au moins serait prête à accepter une telle responsabilité même en l'absence d'une convention à cette fin.

En ce qui concerne l'obligation de négocier ou de régler pacifiquement des différends (p. 241) je me permets de vous signaler le cas du *Gut Damm* dans le St-Laurent entre les Etats-Unis et le Canada. Vous en trouvez une référence chez *Rest,* International protection of the environment and liability, p. 114 (A 56 der Beiträge zur Umweltgestaltung, Erich Schmidt Verlag Berlin-Ouest, 1978).

Evidemment je n'ai pas encore reçu l'annexe V à votre rapport, où vous avez peut-être déjà signalé ce cas.

Vous reconnaissez vous-même à la page 252 l'importance pratique exceptionnelle de l'établissement de normes d'environnement. Je me demande si au vu de cette importance il ne serait pas opportun de consacrer un article séparé à ce problème au lieu de le mentionner simplement sous l'artice 6 (g) de votre projet de résolution.

A la page 254, note 150, vous vous référez à la doctrine concernant des garanties pour les particuliers. Je me permets d'attirer votre attention sur un autre ouvrage édité en allemand, français et anglais par mon élève *Rest,* La convention sur l'indemnisation des dommages transfrontières causés à l'environnement, projet de texte et exposé des motifs (A 53 Beiträge zur Umweltgestaltung, Erich Schmidt Verlag, Berlin-Ouest, 1976).

En ce qui concerne le projet de résolution lui-même je me demande si on ne devrait pas tenir compte, soit à l'article 4, soit à l'article 6 (i), du fait qu'une seule pollution peut être causée par plusieurs Etats riverains, la contribution de chacun de ces Etats à la pollution restant en dessous des normes admises, quoique leurs effets combinés dépassent ces normes. Devrait-il y avoir une responsabilité collective de tous ces Etats pollueurs ou chaque Etat devrait-il être responsable pour sa contribution à cette pollution? La solution de ce problème ne consisterait-elle pas dans l'établissement d'un fonds commun d'indemnisation de ces dommages auxquels devraient contribuer soit les Etats en question, soit les pollueurs individuels ayant contribué à cette pollution dans les différents Etats riverains.

Veuillez agréer, mon cher Ami et Confrère, l'expression de mes sentiments les meilleurs. *I. Seidl-Hohenveldern*

Cologne, le 15 novembre 1978

Mon cher Confrère et Ami,

Je viens de recevoir votre lettre du 8 novembre 1978 qui se substitue à l'annexe V annoncée. Parmi les modalités possibles pour résoudre des litiges par une compensation de nature financière, que vous mentionnez à la nouvelle page 81, je me permets de vous signaler une solution peu usuelle. Contre le versement d'une

somme forfaitaire de 75 millions de Finmark, la Finlande a accepté toute pollution actuelle ou à venir qui résulterait de la construction d'un barrage sur un lac frontière, le Lac Inari. Vous trouverez cet accord du 29 avril 1959 au volume 346 du Recueil des traités des Nations Unies, page 209.

Veuillez agréer, mon cher Confrère et Ami, l'assurance de mes sentiments les plus amicaux. *I. Seidl-Hohenveldern*

7. Observations de M. José Sette-Câmara

Prague, March 29, 1979

Dear Professor Salmon,

In reply to your letter of February 12 1979, I am sending you herewith a few remarks on your draft Resolution. I apologize for the delay caused by the fact that I was absent from Prague for several months having received your request rather belatedly.

Let me first congratulate you for the splendid Provisional Report on the Pollution of Rivers and Lakes under International Law. Following suit to the Preliminary Exposé and the Questionnaire, it constitutes a very important document, well balanced, soundly rooted in doctrine and practice of States, and showing remarkable ability and ingenuity in combining and merging the different positions of the members of the Commission, who often diverged in their replies. The result is an excellent basic proposal for the future work of the Institute, which will thereby dispose of a thorough and minutiously explored background. The Report leads to conclusions that are the inescapable consequence of the rationale of each chapter, providing the framework for the Draft Resolution.

For the sake of briefness I shall address myself directly to the Draft Resolution, starting with the Preamble.

The first preambular paragraph avoids the controversial question of whether there is or there is not a rule of general international law prohibiting the pollution of international watercourses. It envisages the problem of protection and enhancement of the environment under the optics of «fundamental claims of men and peoples» and the corresponding duties incumbent upon the States. The paragraph does not spell out the nature of those «claims» and «duties», but it is apparently modelled on paragraph 2 of Part I of the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, where it says: «2. The protection and improvement of the human environment is a major issue which affects the well being of peoples and economic development throughout the world; it is the urgent desire of the peoples of the whole world and the duty of all Governments». As Mr. Sohn[1] underlines, «in a rather indirect way the text proclaims the legal obligation of all Governments to protect the environment».

The second preambular paragraph is factual and confines itself to register the appalling extension of pollution, in its most diversified forms, attaining international hydrographic basins. It is worth noting that the draft has employed the expression

[1] *Louis B. Sohn,* «The Stockholm Declaration on the Human Environment», Harvard International Law Journal, vol. 14 – 1973, p. 440.

«hydrographic basins», avoiding the broader and more disputed concept of «drainage basins» favoured by the Helsinki Rules. On the other hand it reflects the preoccupations that were behind Resolution 2398, of December 3, 1968, of the General Assembly of the United Nations, which convened the Stockholm Conference, where it speaks of «the continuing and accelerating impairment of the quality of the human environment caused by such factors as air and water pollution»[2]. The text is succinct and objective, not calling for any special remark.

The third paragraph of the Preamble recalls the previous work of the Institute of International Law in the Sessions of Madrid, 1911, and Salzburg, 1961. As I had the opportunity to point out in my reply to the Questionnaire, «the Institute should take pride of the fact that it was one of the first, if not the first, amongst international institutions, both governmental and non-governmental, to undertake the task of formulating rules to prevent pollution of rivers and lakes, especially with the von Bar Report and the Madrid Resolution.

The fourth preambular paragraph is very important. First, it emphasizes the variety of uses of water in international hydrographic basins and the common interest of co-riparian States in the rational utilization of those waters. After, it refers to the need of a reasonable balance of interests to be achieved through the equitable utilization of the water resources. The principle of equitable utilization can be traced back to the Madrid and the Salzburg Sessions of the Institute of International Law. It is true that it plays an important rôle in the field of the non-navigational uses of watercourses, in spite of its vagueness and the difficulty to establish its concrete consequences – a problem that is bound to be solved in each specific issue. But it is not clear why equitable utilization is invoked in the preamble of the Resolution on Pollution of Rivers and Lakes. Should we understand that every co-riparian is entitled to an equitable degree of pollution? It is obvious that that is not the thought behind preambular paragraph 4. The only way in which it could be usefully understood would be in the sense of trying to strike a balance on the reciprocal obligation of diligence to avoid pollution, incumbent upon the different co-riparians.

Preambular paragraph 5 lists the underlying principles of the draft, namely: 1) Sovereign equality of States; 2) Good neighbourliness; 3) «*Sic utere tuo ut alienum non laedas*».

From the research of the Rapporteur and the Replies to the Questionnaire, those principles emerged as the pillars of the whole doctrine behind the legal treatment of the problem of Pollution of International Rivers and Lakes. They have been examined at length in your Reports and in the replies of members of the XVth Commission. So it would not be necessary to dwell with them individually at this stage.

I turn now to the operational part of the Draft Resolution.

Article 1 is a key provision of the draft. The text begins by proclaiming the sovereign right of States to explore their resources according to the environmental policies that they choose. It is noteworthy that the draft places the determination of the environmental policies in the hands of the State itself, without relying on any

[2] G.A. Resolution 2398, U.N. GAOR, Supp. 18 – Doc. A/7218.

rules of general international law, which might prevail above national legislation. This is a wise wording, since it could hardly be contented, in the embrionary state of international law regarding the field of pollution, that a rule of general international law prohibiting pollution really exists. But, right away the article opens an exception for the case of conventional obligations, which bind the State and which should be respected in determining the environmental policies. If many deny the existence of a general rule of international law in the field of pollution, it is beyond doubt that particular international law – treaties and conventions – embodies a growing number of provisions that bind States, and that should be taken into consideration as legal obligations, whenever defining the trends of an environmental policy.

The continuation of the article deals with the obligation of States to employ reasonable diligence so as that activities exercized within the limits of their jurisdiction will not cause «damaging» of «sensible» pollution to the environment of other States or to regions beyond the jurisdiction of any State.

The drafting of that part of the article follows the general trends spoused by members of the Commission regarding the contents of Question Six, especially as far as it concerns the definition of the obligation of States to deploy the necessary diligence to avoid pollution, as an obligation of conduct and not an obligation of result[3]. The formula might be regarded as a consequence arising from principle 21 of the Stockholm Declaration. In my reply to the Questionnaire I did stress that the obligation, as an obligation of conduct engages responsibility by the simple fact of failure to adopt the prescribed and agreed upon conduct, regardless of the existence of any material consequences of the lack of diligence. Therefore utilization of territory of a State as a source of pollution would be *per se* a wrongful act, independent of the measurements of actual levels of pollution in the territory of the other State. That could cause some difficulty in the practice of States. For the purpose of avoiding such problems it is important to add a qualification to the concept of pollution, such as «sensible» or «substantial». On this point I beg to differ from those colleagues of the Commission who prefer the use of the concept of pollution without any adjectives, because they consider all pollution prohibited, whatever be its degree[4].

In this sense I would be in favour of removing the brackets from the text and would propose the use of the qualification «substantial» or «sensible». The word «damaging» («dommageable» in French) does not carry the same idea of a minimum degree.

[3] « . . . dans le devoir énoncé au Principe 21 il faut voir tout au plus une obligation de comportement, fondée aussi bien sur les impératifs moraux que sur la règle bien établie du droit des gens». *P. M. Dupuy* «La Responsabilité Internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle», p. 174.

[4] *Jiménez de Arachéga,* «International Legal Rules Governing the Use of Waters from International Watercourses» – Interamerican Law Review, vol. II (1959–68), p. 329: «The occurrence of substantial or considerable injury is an essential condition for setting restrictions to territorial sovereignty. One of the consequences of the good neighbour principle is the duty to overlook small, insignificant inconveniences».

The proviso *in fine* is very important, because it takes care of the problem of pollution of the high seas, let alone the question of outer spaces, object of special endeavours of the international community.

Article 2 is based on three elements: 1) need to preserve the quality of waters of hydrographic basins, according to the different uses they are intended to; 2) the exercise of a reasonable diligence to secure the same goal; 3) the establishment of maximum levels of pollution, beyond which measures of vigilance are required to: a) prevent new forms of pollution or increasing of the existent levels of pollution; b) abate, as early as possible, the existent pollution until it reaches tolerable levels. The interplay of the elements embodied in the head of the article with the measures provided for in the two subparagraphs is well conceived and realistic.

The article is inspired on the idea that there are tolerable maximum levels of pollution which constitute a frontier beyond which the responsibility of the polluter State is engaged. With all the respect for the colleagues of the Commission who favour the doctrine of absolute prohibition of pollution, I submit that the text of the draft follows the right trends of the present practice of States[5].

Article 3 spells out the nature of the measures of vigilance, both in the domestic and in the international fields. While in the former they will require the elaboration of adequate legislation and regulations, backed by administrative and jurisdictional procedures capable of enforcing them, in the latter they will be centered on *bona fides* collaboration amongst all States belonging to a particular hydrographic basin.

The saving clause in the second paragraph of the article seems to me necessary and well placed. Due consideration is taken of special circumstances of each case requiring measures of vigilance, and particular attention is given to the situation of developing countries, regarding which a certain degree of tolerance is to be expected, since they do not dispose of the same means and facilities of industrialized countries for the prevention of pollution. Strict vigilance is required for the case of ultra-hazardous activities, which entail a more than normal risk. The final phrase of the article is obviously connected with the doctrine of the so-called «ultra-hazardous activities». Without going as far as accepting the full application of the principle of objective responsibility of responsibility for risk in this case, it nevertheless imposes measures of strict vigilance for them[6].

To my eyes this drafting is very able and cautious. Without engaging itself on

[5] «Il est cependant bien évident que cette interdiction ne peut en pratique s'entendre de façon absolue... Il existe dès lors toujours une pollution transfrontière résiduelle que l'on pourra considérer comme licite». *P. M. Dupuy* «La Responsabilité Internationale des Etats pour les dommages causés par les pollutions transfrontières», in «Aspects juridiques de la Pollution transfrontière», published by OECD, Paris 1977, p. 377.

[6] *P. M. Dupuy,* «La Responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle», p. 162 caracterizes the ultra-hazardous activities as follows: «elles comportent un risque incompressible (lequel ne peut pas être éliminé par l'exercice des soins les plus attentifs); b) ce risque est exceptionnel dans la mesure où ‹il ne correspond pas à l'usage habituel des lieux›.»

the road of full admission of responsibility for risk, it does not fail to recognize the special nature of ultra-hazardous activities, which are a growing feature of our times.

Article 4 contains the rule that activities within the limits of the State jurisdiction, which entail a breach of the obligations so far established in the draft and thereby are the cause of a (sensible) damage beyond said limits, engage international responsibility. It is worth noting that the article places this provision under the saving clause, «according to the general principles of international law». It should be understood as proclaiming the rule of State responsibility for (sensible) damages in the case of the breach of the obligations provided for in the previous articles (reasonable diligence for prevention of pollution beyond certain levels, measures of vigilance, strict vigilance in special cases).

My first remark follows the same line of the observation on article 1, concerning the need to qualify the concept of damage. Therefore I believe that the brakkets around the word «sensible» should be likewise dropped. The article, which is borrowed from the field of State responsibility contains a generally recognized principle. The members of the Commission seem to be unanimous in its acceptance.

Article 5 returns to the problem of ultra-hazardous activities, recommending special measures for the prevention and reparation of damages in such cases. Those measures go as far as the establishment of regimes of objective responsibility for damages occurring in consequence of said activities. It should be observed however that the recommendation contained in article 5 should be fulfilled through conventional law. The text does not entail a recognition of responsibility for risk, even in the case of ultra-hazardous activities, as a general rule. It confines itself to prescribe the conclusion of treaties and conventions establishing these special regimes of more extensive responsibility for such cases[7].

Article 6 contains a detailed list of the different modalities through which States belonging to a same hydrographic basin may discharge themselves of their duty of cooperation. Again I am very happy with the fact that Article 6 *in caput* stipulates that the different modalities of cooperation should be established «by way of agreement». Those forms of cooperation are only avenues that States should adopt by mutual consent. There is no rule of general international law prescribing any of them. In this understanding I have no major objection to the text. It recommends a series of measures which are generally admitted as adequate to assure cooperation between co-riparian States.

As far as it regards sub-paragraphs «a», «b», «c» and «d» one should observe that «the duty to give notice does not imply a duty to obtain consent from the co-riparians... since this would give a State an opportunity to secure exorbitant advan-

[7] *P. M. Dupuy* «La Responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle», p. 289: «On comprend alors ce que l'affirmation éventuelle par voie de principe général d'une responsabilité internationale sans acte illicite aurait de contradictoire au sein d'une collectivité internationale, désormais consciente de l'interdépendance économique et écologique de ses membres. C'est une raison supplémentaire pour n'ouvrir l'accès à ce type de responsabilité que par voie d'accords spéciaux».

tages as a price for its consent»[8]. Neither would we recognize to the co-riparian a right of veto.

Subparagraph «i» contains a very important proviso since it spouses modern ideas on the direct protection of private individuals victim of pollution, through non-discriminatory access to jurisdictional and administrative procedures on the territory of the polluting State, and on the establishment of preventive indemnization funds for ecological damages of unknown origin or of exceptional magnitude[9].

The final paragraph of article 6 embodies the rule which imposes an obligation on industrialized and developed States to give adequate technical and financial aid to developing countries to enable them to prevent and abate pollution. It inspires itself on Principle 12 of the Stockholm Declaration, as well as on Principles 9, 10, 20 and especially 23[10].

This special treatment of developing countries which should be helped by developed countries to carry out their antipollution programs, does not give to the former a «right to pollute», as it was unanimously recognized by the members of the Commission.

Article 7 transcribes the definition of the term «pollution» in the wording which was proposed by the «Exposé Préliminaire» and adopted by the XVth Commission during the Oslo Session of the Institute. It is a very comprehensive and accurate definition, which I consider fully satisfactory.

Those were, my dear friend and colleague, the few observations I jot hastily on the paper. They can be summarized by my approval and support of the excellent text of the Draft Resolution.

Yours very truly *José Sette-Câmara*

8. Observations de M. Jan H. W. Verzijl

Londres, le 5 avril 1979

Cher et honoré Confrère,

Je n'avais pas pensé que j'aurais encore l'opportunité, après un aussi long délai, de vous présenter quelques observations au sujet de votre rapport et projet de résolution concernant la pollution des fleuves internationaux. Mais maintenant que cette opportunité m'est donnée, je vous fais parvenir encore ci-joint quelques réflexions y relatives.

Passages introductifs de votre projet de résolution.

A vrai dire, je dois avouer que votre premier «Considérant» et la construction théorique d'un droit fondamental «des hommes et des peuples» en matière d'envi-

[8] *Jiménez de Aréchaga, op. cit.* pa. 377. See also the recommendations of the OECD Council concerning Principles relating to Transfrontier Pollution, of 14 November, 1974. The Provisional Report, page 237 *supra,* reads: «De telles consultations menées dans le meilleur esprit de coopération et de bon voisinage, n'habilitent pas un pays quelconque à retarder de manière déraisonnable ou à entraver les activités ou projets sur lesquels porte la consultation».

[9] See *P. M. Dupuy* «Pollutions Transfrontières», *op. cit.,* pag. 389: «Les procédures d'indemnisation préventive ... d'après un système de présomptions».

[10] See Rapport Provisoire, pp. 226 and 227.

ronnement me frappent un peu comme un *corpus alienum* sans fonction spéciale dans la structure logique totale de votre partie introductive, au moins à la «place d'honneur» qu'ils occupent maintenant. Il en serait peut-être autrement s'ils pouvaient être transférés à une place plus modeste, plus bas, par exemple avant «Constate» sous la forme «Considérant *en effet* que la protection, etc.», mais cela aussi est difficile au point de vue logique. Dans ces conditions, je préférerais biffer entièrement ce «Considérant».

Le passage «Constate» fait une distinction entre certaines règles de droit et certaines actions recommandables – distinction qui est marquée par les expressions «doivent» (devoir, obligation) aux articles 1, 3 et 6, alinéa 1er, et «devraient» aux articles 5 et 6, dernier alinéa. Mais n'y aurait-il pas lieu de les distinguer plus nettement dans les textes de la résolution?

Article 1er. Je préférerais ici le terme «dommageable».

«ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale», c'est-à-dire la mer. Mais cette pollution de la mer n'est pas limitée à une pollution causée par des bassins hydrographiques communs: elle peut être produite également par des rivières relevant d'un seul Etat comme la Tamise ou la Loire. Cette hypothèse n'est-elle donc pas un peu étrangère à notre sujet et est-il vraiment nécessaire de la mentionner dans notre résolution?

Article 2. Il y a lieu, me paraît-il, de dire: «de prendre, chaque fois que la pollution dépasse *ou menace de dépasser* un niveau tolérable, toutes les mesures de vigilance requises pour: a) prévenir *de nouvelles formes ou un degré augmenté* de pollution; b) réduire ... etc.».

Article 3, al. 2. Je ne suis pas en faveur de cette mention spéciale. Quelle hypothèse vise-t-elle? Celle de rivières, qui traversent seulement des pays sous-développés, ou aussi celle de rivières traversant en partie un ou plusieurs Etats développés et en partie un ou plusieurs pays sous-développés (s'il y a de telles rivières)? En tout cas, je ne vois pas de raison spéciale d'insérer cette règle de caractère particulier et au surplus assez vague.

Article 4. Ici, à mon avis, le mot «sensible» serait à sa place.

Article 5. Cet article ne formule évidemment qu'une recommandation («devraient»). Mais qui sont ces «pollueurs»: les industries ou entreprises publiques et privées qui se rendent en fait coupables de pollution, ou (aussi) les Etats dont elles relèvent? Les Etats, vous dites, «devraient instaurer des régimes conventionnels particuliers». Est-ce que j'interprète votre texte correctement en le paraphrasant comme suit: «Il est recommandable ... que tous les Etats riverains d'un bassin hydrographique commun concluent une convention collective, instituant un régime (particulier?) qui établisse la responsabilité objective de tous ceux, particuliers ou entreprises publiques ou privées, qui se rendent en fait coupables de pollution, en cas de dommage survenant à la suite de leurs activités qui comportent un risque exceptionnel – responsabilité qui n'exclut pas la responsabilité internationale de leur Etat en conformité de l'article 4, ni leur responsabilité personnelle subjective en cas de dommage survenant à la suite d'autres activités comportant un risque moins sérieux»? Si cette paraphrase exprime correctement votre pensée, je suis d'accord, mais ne pourrait-elle pas être rédigée d'une manière moins voilée?

Article 6, al. 1er établit une obligation internationale de tous les Etats faisant partie d'[peut-être mieux: «s'étendant sur»] un même bassin hydrographique de pro-

céder à toute une série d'actes de coopération (information, avis, consultations, etc.), mais la subordonne, d'une part, à «la mesure du possible» et, d'autre part, à leur création «par la voie d'accords». Que des accords soient indispensables pour les actions *sub* e)–h), paraît clair, mais cela n'est pas aussi clair en ce qui concerne les actions *sub* a)–d), dont le caractère obligatoire vis-à-vis d'«autres Etats», d'«Etats intéressés» ou «concernés» et d'«Etats susceptibles d'être affectés» ne dépend pas nécessairement d'un accord préalable. C'est pourquoi je me demande si le «devoir» formulé au début de l'article 6 ne pourrait pas être rendu moins impératif par l'insertion du mot «préférablement» avant «par la voie d'accords» de manière à ne pas exclure l'admissibilité de plaintes faites par un Etat d'aval qu'un Etat en amont ne l'a pas «informé», «avisé» ou «alerté» à temps, même en l'absence d'accords.

Lit. i) de l'article 6, al. 1er me cause le plus de doutes. D'abord, je ne comprends pas bien comment il peut y avoir des victimes au stade de la prévention. Puis, l'accès aux procédures juridictionnelles et administratives de l'Etat d'où les activités sont originaires, doit être *ouvert* avant de pouvoir être *élargi*. Ensuite, il se comprend que la création d'un fonds d'indemnisation soit indiquée pour des dommages écologiques, dont l'origine ne peut pas être clairement définie, mais quelle est la *ratio* de l'autre hypothèse, que les dommages sont «d'une ampleur dépassant les moyens de solvabilité des responsables»? En bien des cas, le responsable sera l'Etat pollueur (article 4) et alors la possibilité d'un appel à son insolvabilité devrait être entièrement exclue. Lorsque, au contraire, l'Etat en question n'a manqué en rien à son «devoir de veiller» (article 1), ni à son «obligation de prévention et de réduction» (article 2), ni n'a négligé ses devoirs comme législateur (article 3), il pourrait y avoir lieu de venir à l'aide financière de particuliers ou d'entreprises publiques ou privées «pollueurs», mais uniquement s'ils n'ont pas agi irresponsablement et s'ils ne se sont pas engagés dans des activités dont ils pouvaient et devaient prévoir et calculer les conséquences dommageables.

Reste votre article 6, al. 2. Votre projet de résolution s'occupe exclusivement de la pollution de bassins hydrographiques communs. La seule hypothèse qu'il puisse avoir en vue dans ce cadre est donc celle d'un bassin commun à un ou plusieurs Etats développés et un ou plusieurs pays en voie de développement, une hypothèse dont, d'ailleurs, je ne connais pas d'exemple. Si cet alinéa était destiné, par la généralité de sa rédaction, à dépasser ce cadre systématique et à obliger, par exemple, la Norvège, à subsidier le Zaïre, je le rejetterais absolument.

Voici, cher et honoré Collègue, mes observations, peut-être un peu trop critiques et certainement indûment retardées par des conditions d'ordre personnel. Croyez à mon admiration pour la manière dont vous avez réussi à exposer les multiples difficultés des problèmes que la pollution des rivières nous cause, et à mes sentiments dévoués. *J. Verzjil*

9. Observations de M. Karl Zemanek

Wien, 15 december 1978

Mon cher confrère,

I thank you for your letters of September 26, and of November 8, 1978 and for the transmission of the provisional report. Congratulations on this thorough

piece of work and, particularly, on having extracted a meaningful draft resolution from our replies.

I generally agree with the structure of the proposed resolution and the formulations used. On two points, however, I have the following comment:

1. By introducing, into article 2, the notion of «niveau tolérable» of pollution without specifying when the level of pollution becomes intolerable, the resolution indeed circumvenes a central problem. Because of the resulting uncertainty, the choice of words in article 1 between «dommageable» and «sensible» becomes pointless. For, if one chooses «dommageable» one refers back to «niveau tolérable», since damage in a legal sense would apparently only occur if pollution exceeded the unspecified level of tolerance. If, on the other hand, one chooses «sensible», one simply replaces the reference to the uncertain «niveau tolérable» by an equally vague term.

This dilemma is also reflected in article 4.

Thus, the resolution paves the way for future disputes between states on what the «niveau tolérable» of pollution is or when pollution becomes «sensible». This is the reason why I had suggested «grade» as an objective criterion for expressing the quality of water.

2. The recommendation expressed in article 6, para. i) is a typical Western European idea which, in my opinion, cannot be applied universally and for the following reasons:

First, it would benefit states which deliberately set a very low standard in their own legislation, in which respect I fully share the observations of our confrère Sette-Câmara in his reply to question 15 of the «exposé préliminaire», and thus place an unreciprocal burden on states with a highly developed environment-protection legislation.

Secondly, the request for access without discrimination implies the existence of effective legal remedies to which this access is requested. Whether such remedies exist and whether they are effective depends, however, on the socio-economic system of the state concerned. These systems may differ considerably, even in neighbouring countries.

Thirdly, the contention that individuals will defend their rights in a foreign country assumes a certain level of education, of access to information, of possibilities for consultation, and of financial resources of the persons concerned. There are many states in the world where these conditions are, at present, only met by a small élite and not by the population at large. And this situation may not change for many years.

For these reasons I feel that the recommendation may be valid in a regional context, like EEC or OECD, among states with similar legal and socio-economic systems and a uniformly high level of development, but is delusive even in European East-West relations.

With best wishes for the success of your «rapport définitif»,

I am, sincerely yours *Karl Zemanek*

10. Observations de M. Piero Ziccardi

Milano, le 14 décembre 1978

Mon cher et éminent Collègue,

j'ai accompli un examen très attentif de votre Rapport provisoire, et j'aurais vraiment de la peine à trouver quelque chose à y ajouter ou critiquer, car j'ai admiré beaucoup par contre tant la reconstruction que les conclusions, au point de pouvoir m'y rallier entièrement.

Je me bornerai donc uniquement à ces quelques commentaires sur le projet de résolution:

En premier lieu je vous exprime mon appréciation au sujet du premier considérant, celui qui rappelle les intérêts des peuples et des hommes entendus comme le point de départ de la détermination des obligations des Etats, et de leurs droits qui y correspondent. Il ne s'agit, au fond, que de s'en tenir au langage de la Charte des Nations Unies.

Rien à ajouter aux autres déclarations de principe. Pour ce qui concerne les articles du projet je n'ai rien à proposer, sauf à vous soumettre les considérations ci-dessous:

Art. 1. La nature de la pollution devrait être définie plutôt comme «sensible» que comme «dommageable» car il s'agit de définir une qualité en fait, et non en droit.

Art. 4. Dans cet article il m'apparaît inutile d'ajouter l'adjectif «sensible» au substantif «préjudice» car celui-ci suppose justement qu'il s'agit d'une pollution sensible.

Comme vous le voyez, mon cher Collègue, j'ai très peu à dire, mais la faute vous en revient qui avez soumis un Rapport qui a réussi à maîtriser la matière au plus haut niveau.

Je vous prie d'agréer mes salutations bien amicales. *Piero Ziccardi*

11. Observations de M. Jaroslav Žourek

Genève, le 10 décembre 1978

1. Principes fondamentaux sur lesquels repose le projet de résolution

Le projet rappelle dans son préambule à juste titre le principe d'utilisation non dommageable du territoire, mais le fait dans une rédaction qui en affaiblit indûment la portée. En effet, il souligne l'applicabilité entre autres «du principe selon lequel il est interdit aux Etats d'utiliser leur territoire de manière à causer un préjudice *illégitime* à autrui». C'est le terme «illégitime» qui me paraît inacceptable, car il permet l'interprétation qu'il existe des pollutions légitimes. Quelle aubaine pour les pollueurs!

Dès le début, la Commission partirait d'un principe profondément ambigu et contraire au droit international actuel si l'on interprète de bonne foi et en relation avec les autres principes qui entrent en ligne de compte. Il faut relever que l'adjectif «illégitime» ne se trouve pas dans le texte de l'article 21 de la Déclaration de Stockholm. Si les débats à l'Institut ne doivent pas souffrir d'une confusion, il est absolument nécessaire que dès le début les principes sur lesquels doit reposer notre résolution soient formulés d'une façon claire et non équivoque.

2. Légalisation de la pollution ne dépassant pas «un niveau tolérable»

La formulation ambiguë du principe mentionné sous le nº 1 aboutit à légaliser toute pollution ne dépassant pas un niveau tolérable, et cela non pas seulement pour le présent mais encore pour l'avenir. Tel est à mon avis le sens de l'article 2 du projet. Or ceci est inacceptable et constitue une régression même par rapport à la Déclaration de Stockholm. La pollution des eaux en général est produite de cinq différentes manières:

a) par l'addition de matières solides non toxiques;

b) par l'addition de sels non toxiques;

c) par la désoxygénation;

d) par le réchauffement des eaux et

e) par l'addition de substances toxiques.

(H.N.B.: *Hynes,* The biology of Polluted Waters, second impression, Liverpool 1963, p. 64)

La pollution peut être d'origine naturelle, mais cette pollution n'a jamais dans le passé provoqué un état des fleuves et des lacs comparable à celui des temps présents. Ce fut seulement à l'ère industrielle que la pollution a acquis des dimensions effarantes et surtout a englobé la pollution des eaux par des substances toxiques constituant un danger direct pour la santé des populations vivant dans les bassins hydrographiques concernés ou autour des lacs. La construction des centrales nucléaires laisse entrevoir le réchauffement considérable des eaux utilisées par ces centrales et d'autres dangers très graves comme l'a montré une série d'articles publiés sur cette question par le magazine «Der Spiegel» l'année dernière.

Si le seuil de tolérabilité peut être à la rigueur appliqué aux pollutions mentionnées sous les lettres a)–d), il est totalement inacceptable en ce qui concerne la pollution par des matières toxiques et similaires. Il n'est pas possible d'admettre que la santé des populations soit mise en danger parce que les entreprises industrielles sont réluctantes à construire des installations d'épuration dont le coût serait du reste réparti sur les acheteurs.

3. Absence de relation avec la protection des droits de l'homme

Le projet de résolution passe sous silence la question de savoir si la pollution des cours d'eau ou des lacs est compatible avec le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales telles qu'il est formulé dans les instruments internationaux en vigueur. Or il est admis que la contamination des eaux, qu'elle affecte les eaux continentales ou celles de la mer, a des effets redoutables sur la santé de l'homme, des animaux et des végétaux (cf. Encyclopaedia universalis, vol. 13, p. 256). Il est notamment admis que dans les zones industrialisées les polluants chimiques de l'eau, y compris les pesticides et les herbicides, présentent des risques importants pour la santé des populations. Parmi les maladies pouvant être transmises par les eaux polluées il faut citer en premier lieu la fièvre typhoïde, la dysenterie bacillaire, l'hépatite infectieuse et le choléra (*loc. cit.* p. 257). Ce risque pour la santé est d'autant plus grave que les poissons et les coquillages peuvent accumuler des substances toxiques en concentration suffisante pour affecter l'homme. Ce risque est loin d'être théorique. Au Japon, de nombreux cas d'une maladie appelée «maladie de Minimata» ont été provoqués par la consommation de coquillages qui avaient ingéré des composés organiques à base de mercure (ibidem).

Par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,

approuvé par l'Assemblée générale le 16 Décembre 1966 (résolution 2200 A [XXI]), les parties contractantes reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre (art. 12, paragraphe 1er). De plus parmi les mesures que les Etats parties audit Pacte sont tenus de prendre, le paragraphe 2 stipule sous la lettre b) «L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle».

Etant donné cet état de choses, il me semble exclu que la Commission passe complètement sous silence le lien qui existe indéniablement entre la pollution des fleuves et des lacs et le respect des droits de l'homme et cela d'autant moins que le questionnaire visait également cet aspect de la question.

4. Introduction de la notion de faute dans le projet

Le projet, dès l'article premier, a recours à la notion d'«une diligence raisonnable» ce qui équivaut à introduire la notion de la faute. Cette notion a été introduite dans la doctrine du droit international par l'école du droit naturel, *in concreto* par Grotius et ses épigones (Zouche, Puffendorf, Wolff, Burlamaqui et surtout Vattel). Mais cette théorie, malgré les efforts de certains auteurs modernes n'est jamais devenue une opinion dominante, *«communis opinio»*, ni en doctrine ni dans la pratique. Celles-ci, malgré quelques hésitations, s'en sont tenues à la théorie de la responsabilité *objective* des Etats, celle-ci étant plus conforme à la nature du droit international selon laquelle l'Etat auquel un manquement à une règle du droit international est imputable, est responsable de ce manquement sans qu'il soit nécessaire d'établir la faute de tel ou tel organe. Sur ce point il me suffit de renvoyer au cours général du professeur Basdevant, plus tard juge et président de la Cour internationale de Justice (RCADI, 1936-IV, pp. 668 ss.) et aux nombreux exemples de l'application de cette doctrine par les instances internationales. Ce cours rappelle en outre que la 3e Commission de la Conférence de codification de La Haye de 1930 pour la codification du droit international a adopté à l'unanimité un texte faisant abstraction de la notion de la faute:

«Tout manquement aux obligations internationales d'un Etat du fait des organes, qui a causé un dommage à la personne ou aux biens d'un étranger sur le territoire de cet Etat, entraîne la responsabilité de celui-ci» (p. 670).

Je n'ai pas eu le temps de vérifier la position de la Commission du droit international des Nations Unies sur cette question.

Si la résolution de l'Institut de Droit international adoptée à la session de Lausanne en 1927 sur la responsabilité internationale des Etats en raison des dommages causés à la personne et aux biens des Etrangers utilise cette notion (article premier), le rapporteur Léo Strisower a pris soins de préciser au cours de la discussion qu'«il y a faute dès que l'Etat a contrevenu à une obligation internationale» (Annuaire, vol. 33, tome III, p. 104) ce qui en réalité équivaut au rejet de doctrine de la faute.

En dehors des quatre points que je viens de mentionner, je voudrais ajouter quelques observations concernant quelques points de rédaction.

A l'article premier, vous proposez pour qualifier la pollution deux expressions: «dommageable» et «sensible». Je penche résolument pour «dommageable». Par contre il me semble que tout qualificatif devrait être supprimé à l'article 4.

A l'article 3 précisant ce que doivent comprendre les mesures de vigilance, il faudrait mentionner à l'alinéa a) également *l'application* des mesures administratives et juridictionnelles.

Jaroslav Žourek