

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue à Aix-Marseille Université
le 30 mars 2022 par

Claire Portier

**Le droit de la responsabilité à l'épreuve des activités de fusion
nucléaire**

Contribution à l'étude de la responsabilité du fait des activités à risque

Discipline

Droit

Spécialité

Droit public

École doctorale

ED 67 – Sciences juridiques et politiques

Laboratoire/Partenaires de recherche

Centre d'études et de recherches
internationales et communautaires (CERIC)

Région Sud Provence Alpes Côte d'Azur

ITER *Organization*

Composition du jury

- Yann KERBRAT Rapporteur
- Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Jonas KNETSCH Rapporteur
- Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Anne GUÉGAN Examinatrice
- Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Marie LAMOUREUX Présidente du Jury
- Aix-Marseille Université
- Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET Directrice de thèse
- Aix-Marseille Université
- Laetitia GRAMMATICO Co-directrice de thèse
- ITER *Organization*

AFFIDAVIT

Je soussignée, Claire PORTIER, déclare par la présente que le travail présenté dans ce manuscrit est mon propre travail, réalisé sous la direction scientifique de Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET et Laetitia GRAMMATICO, dans le respect des principes d'honnêteté, d'intégrité et de responsabilité inhérents à la mission de recherche. Les travaux de recherche et la rédaction de ce manuscrit ont été réalisés dans le respect à la fois de la charte nationale de déontologie des métiers de la recherche et de la charte d'Aix-Marseille Université relative à la lutte contre le plagiat.

Ce travail n'a pas été précédemment soumis en France ou à l'étranger dans une version identique ou similaire à un organisme examinateur.

Fait à Aix en Provence, le 27 janvier 2022



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la [Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

PUBLICATIONS ET TRAVAUX

Articles scientifiques :

« Le contentieux climatique en droit français : quel(s) fondement(s), quelle(s) responsabilité(s) ? », *RJE*, vol. 45, 2020/3.

« Élevage et abattage : *quid* du bien-être animal en droit international ? », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 39, 2015-2.

« Responsabilité civile nucléaire et installations de fusion : quels défis pour le droit international public ? », *INLA Congress*, 2016, disponible en ligne.

Chroniques et contributions diverses :

« Cour Internationale de Justice, Chasse à la baleine dans l'Antarctique, *Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)*, arrêt du 31 mars 2014 », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 35, 2013-2.

« Les juridictions internationales *ad hoc* », Fiche pratique, LexisNexis, 2016, act. 2019.

Direction de revues :

Direction du volume consacré à *L'Animal*, *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 45, 2018-2.

Communications orales :

« Responsabilité civile nucléaire et installations de fusion », Séminaire du PR2I Energie : Fusion thermonucléaire contrôlée : défis scientifiques, techniques et sociétaux, IMeRA, Marseille, octobre 2014.

"Nuclear safety inspections: towards an effective nuclear safety regime?", European Environmental Law Forum, Aix-en-Provence, septembre 2015, avec E. Durand-Poudret.

« Le contentieux climatique en France : quels fondements pour quelle(s) responsabilité(s) ? », *Quelles actions en justice pour l'environnement et pour le climat ?* Université de Laval, Canada, Octobre 2019.

RÉSUMÉ

Cette étude consiste à interroger les modalités de la réparation des dommages susceptibles de résulter de l'utilisation pacifique de la fusion nucléaire. Parce qu'elles sont exclues du champ d'application du régime international de responsabilité civile nucléaire, les activités de fusion constituent un exemple prégnant des difficultés auxquelles se trouve confronté le droit de la responsabilité. En dépit de leur essor croissant, les activités technologiques dangereuses, autrement appelées activités à risque, n'ont jamais fait l'objet d'un traitement unifié que ce soit en droit international ou en droit interne français. Au rebours de certains droits étrangers, la réparation des dommages d'origine technologique ou industrielle n'y fait l'objet d'aucun traitement unifié. Dans ces conditions, le danger était latent que les victimes subissent les conséquences d'un labyrinthe de textes encourageant les risques de conflits négatifs. Aujourd'hui, il est avéré. Alors que les premières expériences de fusion nucléaire à grande échelle se tiendront bientôt sur le territoire français, il n'existe actuellement aucune solution adéquate permettant d'organiser la réparation des dommages qui pourraient en résulter. Situées dans l'angle mort de la plupart des régimes spéciaux, les activités de fusion nucléaire constituent ainsi un exemple prégnant de ces activités nouvelles que le droit de la responsabilité ne peut plus ignorer et à l'égard desquelles des solutions doivent être envisagées.

Face à ce constat, deux voies peuvent être empruntées. Une première voie peut consister à exploiter la logique de spécialisation du droit de la responsabilité, en intégrant les activités de fusion nucléaire dans le champ d'application du régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire. Une seconde voie peut consister à faire table rase de cette logique, et à doter le droit français de mécanismes pérennes permettant la réparation des dommages causés par la poursuite d'activités à risque nouvelles, à l'instar des activités de fusion nucléaire. Ce sont ces deux voies que se propose donc d'emprunter cette thèse pour défendre le projet d'une approche holistique du droit de la responsabilité dans le domaine des activités à risque. Un élément essentiel guide néanmoins son entreprise : la considération que l'uniformité constitue une juste réponse au risque technologique, mais que toute différenciation dans son appréhension n'est pas toujours un élément à bannir.

Mots clefs : responsabilité, fusion nucléaire, activité à risque, droit international, droit civil

ABSTRACT

This study consists of questioning the methods of repairing the damage likely to result from the peaceful use of nuclear fusion. Because they are excluded from the scope of the international regime for nuclear third-party liability, fusion activities constitute a significant example of the difficulties facing contemporary civil liability. Despite their growing growth, abnormally dangerous activities have never been the subject of a unified treatment either in international law or in French domestic law. Contrary to certain foreign laws, the compensation of damage resulting from these activities is not subject in France to any unified treatment. Under these conditions, there was a latent danger that the victims would suffer the consequences of a maze of texts encouraging the risk of negative conflicts. Today it is proven. While the first large-scale nuclear fusion experiments will soon be held on French territory, there is currently no adequate solution to organize the compensation of any damage that might result from it. Located in the blind spot of most special regimes, nuclear fusion activities thus constitute a significant example of these new activities that liability law can no longer ignore and for which solutions must be envisaged.

In view of these observations, two paths can be taken. A first way can consist in exploiting the logic of specialization of the law of the responsibility, by integrating the activities of nuclear fusion in the scope of the conventional system of nuclear third-party liability. A second way could consist in making a clean sweep of this logic, and in endowing French law with permanent mechanisms allowing the compensation of the damage caused by the pursuit of new abnormally dangerous activities, like nuclear fusion activities. These are the two paths that this thesis proposes to take to defend the project of a holistic approach to the law of liability in the field of abnormally dangerous activities. Nevertheless, an essential element guides its undertaking: the consideration that uniformity constitutes a fair response to technological risk, but that any differentiation in its apprehension is not always an element to be banished.

Key words: liability, nuclear fusion, abnormally dangerous activities, international law, civil law

Cette thèse a été réalisée à l'Université d'Aix-Marseille avec le soutien et le financement de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur et la coopération de l'Organisation internationale ITER.

Ces institutions n'entendent donner aucune approbation ou improbation aux opinions exprimées dans la thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Aux remerciements, tout doctorant doit y penser une centaine de fois durant la rédaction de sa thèse, avec la hâte d'y parvenir et la peur de ne pas trouver, au moment opportun, les mots justes pour chacun. Au moment de mettre un point final à cet ouvrage, une page ne paraît pourtant plus suffire à les exprimer.

Qu'il me soit tout d'abord permis d'exprimer tout ma reconnaissance envers la Professeure Mathilde Hautereau-Boutonnet et Laëtitia Grammatico pour leur écoute, leurs conseils et leur constante bienveillance. L'attention et surtout la confiance qu'elles m'ont témoignées pendant toutes ces années de thèse ont été une véritable source de motivation.

Mes remerciements vont ensuite tout naturellement vers les membres de ce jury pour l'honneur qu'ils m'ont accordé en sacrifiant de leur temps à la lecture, l'évaluation et la soutenance de cette thèse. Leurs remarques seront les seules qui m'autoriseront, s'ils le veulent bien, à mettre un point final à ce travail.

Ces remerciements s'étendent à mes amis doctorants et anciens doctorants. L'aboutissement de ce travail leur doit beaucoup et, pour cela, il leur accorde une place particulière. Tout particulièrement, ma gratitude va à Julie, Tiphaine, Manon, Laura et Pierre(s) pour leur soutien et leur disponibilité qui témoignent assurément de leur précieuse amitié, mais également de leur profonde vocation.

J'y associe bien évidemment les membres de l'Organisation ITER pour avoir été à l'origine de ce travail mais également pour leur accueil chaleureux pendant les premières années de cette thèse, ainsi que cette grande famille qu'est le CERIC. La bienveillance qui règne dans les couloirs de ce centre est la contribution de chacun de ses membres. À ce titre, je tiens ainsi à remercier singulièrement les directeurs et directeurs adjoints qui se sont succédé au long de ces années, ainsi que l'ensemble de l'équipe administrative. L'achèvement de cette thèse doit beaucoup à leurs efforts quotidiens auprès des doctorants.

Ce soutien, je l'ai trouvé auprès de ma famille, ma sœur, mon frère et mes amis. Bien que pour la plupart étrangers au travail de thèse (la catégorie n'est donc pas exclusive des catégories précédemment mentionnées), l'intérêt qu'ils ont porté à ce travail et la compréhension dont ils ont fait preuve à mon égard est gage de leur sincère affection.

Il m'est particulièrement difficile d'exprimer ma reconnaissance envers mes parents pour leur confiance, pour m'avoir offert le cadre le plus propice à la réussite et surtout pour leur indéfectible et inestimable présence. Qu'ils devinent entre ces lignes l'immensité de ma gratitude.

Aucun mot, enfin, ne suffit pour révéler ce que j'éprouve envers Alban. Lui seul sait tout ce que je lui dois. Lui seul sait tout ce que je lui dois.

LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ORGANES, ORGANISATIONS, STRUCTURES

<i>AEEN</i>	Agence européenne pour l'énergie nucléaire
<i>AEN</i>	Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire
<i>AGNU</i>	Assemblée générale des Nations unies
<i>AIDN</i>	Association internationale du Droit Nucléaire
<i>AIEA</i>	Agence internationale de l'énergie atomique
<i>ASN</i>	Autorité de sûreté nucléaire
<i>AZF</i>	AZote Fertilisants
<i>CAA</i>	Cour administrative d'appel
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
<i>Cass. soc.</i>	Chambre sociale de la cour de Cassation
<i>CDI</i>	Commission du Droit international
<i>CE</i>	Conseil d'État
<i>CEA</i>	Commissariat à l'énergie atomique. <i>Depuis 2010</i> : Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>CIADH</i>	Cour interaméricaine des droits de l'Homme
<i>CJ</i>	Cour internationale de Justice
<i>CIRDI</i>	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
<i>CJCE</i>	Cour de Justice de la Communauté européenne
<i>CJUE</i>	Cour de Justice de l'Union européenne
<i>CPJI</i>	Cour permanente de Justice internationale
<i>EDF</i>	Électricité de France
<i>GRERCA</i>	Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité et l'Assurance
<i>ICPE</i>	Installations classées pour l'environnement
<i>IDI</i>	Institut de droit international
<i>INB</i>	Installation nucléaire de base
<i>INLEX</i>	International Expert Group on Nuclear Liability (AIEA)
<i>IRSN</i>	Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire
<i>ITER</i>	International Thermonuclear Experimental Reactor
<i>ONU</i>	Organisation des Nations unies
<i>OCDE</i>	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
<i>OA</i>	Organe d'appel (de l'OMC)
<i>OMC</i>	Organisation Mondiale du Commerce
<i>SFDE</i>	Société française pour le Droit de l'Environnement
<i>SFEN</i>	Société française d'énergie nucléaire
<i>SPA</i>	Service public administratif
<i>SPIC</i>	Service public industriel et commercial
<i>TC</i>	Tribunal des conflits
<i>TIDM</i>	Tribunal international du droit de la mer
<i>UE</i>	Union européenne
<i>TUE</i>	Traité sur l'Union européenne
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

ANNUAIRES, JOURNAUX, RECUEILS, REVUES, ÉDITIONS

<i>ACDI</i>	Annuaire de la Commission du droit international
<i>AFDI</i>	Annuaire Français de Droit International
<i>AJDA</i>	Actualités juridiques Droit administratif
<i>AJIL</i>	American Journal of International Law
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
<i>BDN</i>	Bulletin de droit nucléaire
<i>Bull. soc.</i>	Bulletin social
<i>BYBIL /BYIL</i>	British Year Book of International Law
<i>CDST</i>	Cahiers de Droit, Sciences et Technologies
<i>CUP.</i>	Cambridge University Press
<i>IRJS</i>	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
<i>IRLE</i>	International Review of Law and Economics
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>JCI</i>	Juris-Classeur
<i>JOUE</i>	Journal Officiel de l'Union Européenne
<i>JORF</i>	Journal Officiel de la République française
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>OUP</i>	Oxford University Press
<i>PUAM</i>	Presses universitaires Aix-Marseille
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>RCADI</i>	Recueil des cours - Académie de droit international de La Haye
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RDILC</i>	Revue de droit international et de législation comparée
<i>RDUE</i>	Revue de droit de l'Union européenne
<i>RGDA</i>	Revue générale du droit des assurances
<i>RGDIP</i>	Revue générale de droit international public
<i>RGN</i>	Revue générale nucléaire
<i>RCA</i>	Revue Responsabilité civile et assurances
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDP</i>	Revue de droit public
<i>RGD</i>	Revue générale du droit
<i>RGDIP</i>	Revue générale de droit international public
<i>RGN</i>	Revue générale nucléaire
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJE</i>	Revue juridique de l'environnement
<i>RQDI</i>	Revue québécoise de droit international
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RSA</i>	Recueil des sentences arbitrales
<i>RTD civ</i>	Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
<i>RTNU</i>	Recueil des Traités des Nations unies
<i>RTSN</i>	Recueil des Traités de la Société des Nations

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : L'EXTENSION

L'INTÉGRATION DES ACTIVITÉS DE FUSION DANS LE RÉGIME CONVENTIONNEL DE RESPONSABILITÉ CIVILE NUCLÉAIRE

TITRE I. UNE INTÉGRATION FORMELLE CONDITIONNÉE

Chapitre 1. L'intégration par la voie de l'amendement

Chapitre 2. L'intégration par la voie de l'interprétation

TITRE II. UNE INTÉGRATION SUBSTANTIELLE INADÉQUATE

Chapitre 1. La spécificité de l'accident de fusion

Chapitre 2. La spécificité des dommages de fusion

SECONDE PARTIE : LE DÉPASSEMENT

L'APPLICATION AUX ACTIVITÉS DE FUSION D'UNE RÈGLE DE RESPONSABILITÉ CIVILE DU FAIT DES ACTIVITÉS À RISQUE.

TITRE I. LES ENJEUX D'UNE RÈGLE DE RESPONSABILITÉ DU FAIT DES ACTIVITÉS À RISQUE

Chapitre 1. Les apports de la règle de responsabilité

Chapitre 2. Les contraintes de la règle de responsabilité

TITRE II. LA FORMULATION DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ

Chapitre 1. La formulation stricto sensu de la règle de responsabilité

Chapitre 2. La formulation lato sensu de la règle de responsabilité

MODE DE CITATION DES CONVENTIONS SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE NUCLÉAIRE

En raison de l'attention particulière qui sera accordée aux conventions sur la responsabilité civile nucléaire au sein de la première partie de l'étude, ces dernières seront annexées au présent manuscrit. Dans l'optique de faciliter leurs citations et leur compréhension, ces conventions et leurs instruments et documents relatifs feront l'objet d'un mode de citation et de référencement particulier.

Ainsi, dans les notes de bas de page :

La mention **Convention de Paris (2004)** renverra au texte consolidé de la *Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire* tel qu'amendée le 12 février 2004 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

La mention **Convention de Paris (1982)** renverra au texte consolidé de la *Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire* tel qu'amendée le 16 novembre 1982 et en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2022 et rendue caduque par l'adoption de la *Convention de Paris (2004)* le 1^{er} janvier 2022.

La mention **Convention complémentaire de Bruxelles (1982)** renverra au texte consolidé de la *Convention de Bruxelles complémentaire à la Convention de Paris* telle qu'amendée le 16 novembre 1982 et en vigueur depuis le 1^{er} août 1991 et rendue caduque par l'entrée en vigueur de la *Convention complémentaire de Bruxelles (2004)*.

La mention **Protocole de Paris (2004)** renverra au *Protocole portant modification de la convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le protocole du 16 novembre 1982*, adopté à Paris le 12 février 2004 et en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2022.

La mention **Protocole de Bruxelles (2004)** renverra au *Protocole portant modification de la convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le protocole du 16 novembre 1982*, adopté à Paris le 12 février 2004 et en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2022.

La mention **Convention de Paris (2004)** renverra au Texte consolidé officiel de la *Convention de Paris incorporant les dispositions du Protocole et publié par l'Agence de l'Énergie nucléaire*.

Lorsque des dispositions de la Convention de Paris seront invoquées sans avoir fait l'objet d'une révision par le Protocole de 2004, il sera fait mention de la **Convention de Paris (1982, 2004)**. Le *Protocole de Paris (2004)* ne sera ainsi cité que lorsqu'il le sera considéré opportun.

La mention **Convention complémentaire de Bruxelles (2004)** renverra au Texte consolidé officiel de la *Convention complémentaire de Bruxelles incorporant les dispositions du Protocole et publié par l'Agence de l'Énergie nucléaire*.

Lorsque des dispositions de la Convention complémentaire de Bruxelles seront invoquées sans avoir fait l'objet d'une révision par le Protocole de 2004, il sera fait mention de la **Convention complémentaire de Bruxelles (1982, 2004)**. Le *Protocole de Bruxelles (2004)* ne sera ainsi cité que lorsqu'il le sera considéré opportun.

La mention **Exposé des motifs (1982)** renverra au *Texte révisé de l'Exposé des Motifs de la Convention de Paris, approuvé par le Conseil de l'OCDE le 16 novembre 1982*.

La mention **Exposé des motifs (2004)** renverra à *L'Exposé des Motifs de la Convention de Paris (telle que modifiée par les Protocoles de 1964, 1982 et 2004)*, publié le 19 février 2020, NEA/NLC/DOC (2020)1.

La mention **Convention de Vienne (1963)** renverra au texte de la *Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, adoptée le 21 mai 1963 et entrée en vigueur depuis le 4 décembre 1974.

La mention **Protocole de 1997** renverra au texte du *Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, adopté le 12 décembre 1997 et entrée en vigueur depuis le 4 octobre 2003.

La mention **Convention de Vienne (1997)** renverra au texte refondu officieux de la *Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires* tel qu'amendé par le *Protocole de 1997* et adoptée le 12 septembre 1997 et entrée en vigueur depuis le 4 octobre 2003.

Lorsque des dispositions de la *Convention de Vienne* seront invoquées sans avoir fait l'objet d'une révision par le Protocole de 1997, il sera fait mention de la **Convention de Vienne (1963, 1997)**. Le *Protocole de 1997* ne sera cité que lorsqu'il le sera considéré opportun.

La mention **Convention sur la réparation complémentaire** renverra au texte de la *Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires*, adoptée le 12 septembre 1997 et entrée en vigueur depuis le 15 avril 2015.

La mention **Protocole commun** renverra au texte du *Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris*, adoptée le 12 décembre 1988 et entré en vigueur depuis le 27 avril 1992.

Nec spectamus ut noceat sed omnino si nocere possit

« Nous n'attendons pas qu'un dommage survienne, mais seulement qu'un dommage soit possible ».

ULPIANUS D.9.3.5.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« On ne dit pas d'une chose qu'elle est dangereuse parce qu'elle a porté un préjudice, on dit d'une chose qu'elle est dangereuse parce qu'on doit s'attendre à ce qu'elle cause des dommages [...] le manque total d'expérience ne nous permet pas d'évaluer les dommages possibles [...]. Parmi la population, les craintes sont grandes. Le législateur doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour lutter contre la peur de l'emploi de l'énergie atomique et donner à chacun le sentiment qu'on a prévu toutes les mesures possibles de sécurité et de protection, et le cas échéant de dédommagement [...]. Une grande responsabilité incombe aux juristes. Ils doivent pourvoir à la protection et à une indemnisation équitable de ceux qui peuvent être lésés »¹.

2. Prodrome : le risque nucléaire et le droit. Si ces mots de Ernest VON CAEMMERER trouvent une résonance particulière à l'heure où la distinction entre les choses dangereuses et celles qui ne le sont pas n'est pas toujours aisée à établir, force est d'admettre que la question a toujours trouvé une réponse claire à l'endroit des activités de fission nucléaire. Dès l'origine de l'industrie nucléaire civile, on savait que l'utilisation de cette forme d'énergie comportait des risques et qu'elle plongerait l'humanité dans la crainte d'un danger perpétuel et immanent. L'atome portant en lui les germes de tous les maux, il est même devenu classique que toute étude consacrée à l'énergie nucléaire débute par un avertissement solennel sur les grands risques que comportent les applications, même pacifiques, de l'atome ou par un rappel du mythe de Prométhée ou de la fable de l'apprenti sorcier qui ne parvient plus à maîtriser les puissances infernales et apocalyptiques qu'il a évoquées. La démarche n'a d'ailleurs rien de véritablement condamnable tant il paraît pouvoir être confirmé que la science nous ayant menés à la découverte de l'énergie atomique n'a pas su nous préserver des accidents résultant de son exploitation². Aujourd'hui, les activités nucléaires restent autant imprégnées des tragédies qui ont résulté des usages militaires que de celles qui ont résulté des usages civils de l'atome. Cependant, il est actuellement plusieurs centaines de réacteurs nucléaires en activité dans le monde qui témoignent de toute l'ambivalence de cette avancée technologique située « à la croisée de deux mondes : celui du génie et celui du fléau »³.

Après 1945, l'énergie nucléaire s'est développée sur la dialectique de la peur et de l'espoir. En dépit de l'angoisse dessinée par le champignon atomique, elle rencontre la foi placée en sa capacité à assurer

¹ E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *RIDC*, 1957, vol. 9, pp. 676, 681, 683.

² Quelque temps après l'accident de Tchernobyl, Vaclav HAVEL écrivait ainsi que « la science est un fruit et un produit admirable de l'esprit humain, mais cela ne signifie pas qu'elle garantisse, en soi, quoi que ce soit d'humain. Un exemple bien connu : la science peut nous mener à la découverte de l'énergie atomique, mais elle ne peut pas nous préserver d'une catastrophe nucléaire » : V. HAVEL, *Méditations d'Été*, Paris, Éditions de l'Aube, 1992, pp. 69-70

³ K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2011, p. 3.

une sécurité d'approvisionnement en énergie à un niveau jamais atteint. Son émergence, à une époque où les sources traditionnelles d'énergies conventionnelles apparaissent en voie d'épuisement et où d'aucuns se questionnent sur le droit des générations futures à user des ressources fossiles du globe, lui confère en effet un rôle décisif. « Le militaire a[yant] commandé le civil »⁴, le « péché nucléaire » devient ainsi le terrain d'une « nouvelle découverte de l'électricité »⁵. Mais cette nouvelle source d'énergie inquiète autant qu'elle paraît avantageuse. Par-delà le danger qu'il représente, le risque nucléaire présente en effet des spécificités inédites. D'une réalisation ésotérique, il peut engendrer un accident qui, bien que de faible occurrence, présente la particularité de mettre en jeu des substances radioactives aux effets latents et insidieux, et dont la propagation, « moins encore que les avions, ne connaît de frontières »⁶. Nouveau, unique et, dans une certaine mesure, inconnu, ce risque exceptionnel commande des mesures exceptionnelles et il se pose dès lors la question de la fonction du droit. Moins que jamais, en effet, « le droit ne peut rester neutre et aveugle aux dangers auxquels la science et la technique exposent la société et la communauté internationale »⁷. Il ne peut plus rester isolé de la science et le devoir du juriste rejoint ainsi celui du savant. Doté du redoutable privilège d'encadrer le développement d'une ressource énergétique tout aussi primordiale que dangereuse, le juriste est ainsi conduit à prendre part au processus de réflexion collective. Parce qu'à cette nouvelle activité, le droit existant apportait des réponses inadéquates, il devait ainsi naître « sous la pesée des faits, une nouvelle branche du droit dont les auteurs s'accordèrent [...] à reconnaître la spécificité, sinon même la totale autonomie »⁸.

Très rapidement, cette branche émergente du droit s'est trouvée dominée par des problèmes de responsabilité. De tous les problèmes juridiques découlant des applications industrielles de l'énergie nucléaire, celui de la responsabilité s'est même avéré être l'un des plus importants⁹. Les intérêts en jeu étaient effectivement nombreux et surtout contradictoires. D'un côté, la particularité de ce risque aux conditions de réalisation obscures et aux conséquences dommageables incertaines devait avoir révélé l'inaptitude des principes de droit commun dominant la responsabilité dans les droits internes à régir le sort des victimes d'accident nucléaire. Le législateur devant donner le sentiment à chacun que toutes les mesures, fussent-elles des mesures de dédommagement, avaient été prévues, il était indispensable que le public soit assuré d'une protection contre le risque nucléaire. D'un autre côté, pour que ce même public bénéficie de l'expansion de l'industrie nucléaire, le législateur devait veiller à ne pas compromettre le développement de celle-ci en lui imposant une responsabilité écrasante. Or, force était d'admettre que le caractère incommensurable des dommages contingents exposait les acteurs de cette industrie à un risque de faillite, et que si une telle responsabilité devait, d'une manière ou d'une autre, être couverte par l'assurance, les sommes appelées à être mobilisées apparaissaient extrêmement élevées. Ainsi, si l'on admet à ce stade que le droit nucléaire est « un droit ayant pour

⁴ Voy. P. DAMIAN, *Les temps nucléaires*, thèse, Grenoble, 1983, p. 137.

⁵ J.-M. RAINAUD, R. CRISTINI, « La spécificité des sources du droit nucléaire et le droit de l'environnement » in SFDE, *Les centrales nucléaires et l'environnement*, Colloque, Paris, 1982, p. 8.

⁶ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *RIDC*, vol. 11, 1959, p. 515.

⁷ A.-S. MILLET, *L'invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, thèse, Université de Nice, 1991, p. 2.

⁸ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976, p. 98.

⁹ Voy. Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, thèse, Université Paris 1, 1981, p. 25.

objet la maîtrise d'un risque spécifique tir[ant] son originalité de cet objet »¹⁰, ce « risque spécifique » devait justifier que la réparation des dommages résultant de sa réalisation soit soumise à un régime hors du commun.

À cet égard, l'une des caractéristiques les plus remarquables de l'évolution du régime de responsabilité établi est qu'il n'a pas seulement accompagné le démarrage de l'industrie nucléaire civile, mais qu'il l'a, en réalité, précédé. Les États utilisateurs de cette énergie se sont, en effet, retrouvés simultanément confrontés à la même difficulté : celle de traduire l'originalité de cette technologie dans un régime juridique adéquat, c'est-à-dire conciliant les intérêts contradictoires sous-jacents de cette industrie naissante. Ces États, s'inspirant de solutions analogues, ont donc commencé à élaborer des législations nationales qui se sont rapidement prêtées à l'édification de conventions multilatérales destinées à l'harmonisation des droits internes. Ces conventions que sont principalement la Convention de Paris¹¹ et la Convention de Vienne¹² ont alors un objectif commun : déterminer strictement les règles de responsabilité applicables au niveau national dans le cadre d'un accident nucléaire aux fins de la réparation des dommages subis par les victimes de celui-ci. À l'incertitude du risque nucléaire devait ainsi répondre la certitude du droit. Par la suite, l'accident de Tchernobyl a conforté le besoin d'un régime de responsabilité spécifique et internationalisé. Il a aussi été le catalyseur de son évolution. Les États ayant su, et surtout pu, tirer leçon de l'expérience subie, les conventions sont ainsi révisées¹³ et de nouvelles sont adoptées¹⁴. En définitive, ce régime semblait donc suffisamment abouti pour que tout un chacun puisse, sinon faire face au risque attaché à l'exploitation pacifique de l'atome, à tout le moins se voir garantir une compensation pour les pertes que sa réalisation potentielle mais inéluctable pourrait emporter.

¹⁰ P. STROHL, « Rapport général » in *Les risques résultant de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 22.

¹¹ La Convention de Paris est la convention ayant été élaborée dans le cadre de l'OECE (devenue l'OCDE) : voy. *Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, signée à Paris, le 29 juillet 1960, amendée, avant son entrée en vigueur, par le Protocole additionnel à ladite Convention le 28 janvier 1964, entrée en vigueur le 1 avril 1968, RTNU, vol. 956, p. 251. Elle est complétée par une seconde convention qui est la Convention complémentaire de Bruxelles : *Convention complémentaire à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, signée à Bruxelles le 31 janvier 1963, amendée avant son entrée en vigueur le 28 janvier 1964, entrée en vigueur le 4 décembre 1974, R.T.N.U., vol. 1041, p. 358 et *Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, signée à Vienne le 21 mai 1963, entrée en vigueur le 12 novembre 1977, RTNU, vol. 1063, p. 265.

¹² La Convention de Vienne est l'homologue de la Convention de Paris et a été élaborée dans le cadre de l'AIEA : *Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, signée à Vienne le 21 mai 1963, entrée en vigueur le 12 novembre 1977, RTNU, vol. 1063, p. 265.

¹³ La Convention de Paris avait déjà fait l'objet d'un amendement en 1982 : *Protocole portant modification de la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, telle que modifiée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964*, signée à Paris le 16 novembre 1982, entrée en vigueur, le 7 octobre 1988, RTNU, vol. 1519, p. 329. Elle a fait l'objet d'un second amendement après l'accident de Tchernobyl : *Protocole portant modification de la convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le protocole du 16 novembre 1982*, signée à Paris le 12 février 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022, publiée au JO (CE), L97, 1^{er} avril 2004, p. 55. La Convention complémentaire de Bruxelles a également été modifiée en 1982 comme en 2004 : *Protocole portant modification de la Convention du 31 janvier 1963, complémentaire à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire* du 29 juillet 1960, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964, signée à Paris le 16 novembre 1982, entrée en vigueur le 1 août 1991, RTNU, vol. 1650, p. 446 ; *Protocole portant modification de la Convention du 31 janvier 1963 complémentaire la Convention de paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le protocole du 16 novembre 1982*, signée à Paris, le 12 février 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022 (non référencée). Il en va de même pour la Convention de Vienne : *Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, signée à Vienne, le 12 septembre 1997, entrée en vigueur le 4 octobre 2003, RTNU, vol. 2241, p. 302.

¹⁴ Voy. *Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires et de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, signée à Vienne, le 21 septembre 1988, entrée en vigueur le 27 avril 1992, RTNU, vol. 1672, p. 293 et *Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires*, signée à Vienne le 12 septembre 1997, entrée en vigueur le 15 avril 2015, ILM, vol. 36, p. 1473.

Aujourd'hui, pourtant, ceux qui cherchent à démontrer la faisabilité scientifique et technique de l'utilisation de la fusion nucléaire comme nouvelle source d'énergie se trouvent confrontés aux difficultés rencontrées une cinquantaine d'années auparavant. C'est le cas de l'Organisation internationale ITER. En effet, les activités de fusion nucléaire sont exclues du champ d'application des conventions de responsabilité civile nucléaire, lesquelles circonscrivent l'application de leur prescription aux seuls dommages résultant d'un accident en lien avec une installation utilisant des réactions de fission nucléaire. Si lors de l'élaboration de ces instruments, un tel choix avait été justifié par le fait qu'il était « trop tôt pour examiner l'application du régime de responsabilité civile aux futures installations de fusion »¹⁵, un tel examen, à l'heure où les perspectives de l'utilisation de cette énergie se précisent, peut révéler un intérêt certain.

Tel sera d'ailleurs, pour partie, l'objet de la présente thèse, car l'étude entreprise ne saura, pour autant, s'y réduire. Le problème au fondement de cette étude consistant à chercher la voie d'une réparation des dommages susceptibles de résulter des activités de fusion nucléaire, il ne saurait en effet être question de sombrer sans explication préalable dans une analogie trop rapidement opérée entre les activités de fission nucléaire et les activités de fusion nucléaire. Pour l'heure, cette mise en relation n'a rien d'évident. Si la recherche doit avoir pour objet de proposer une réflexion sur la réception par le droit des dommages causés par ces activités nouvelles que constituent les activités de fusion nucléaire, elle nécessite d'être présentée à travers un exposé plus précis de son objet, lequel participera à en dévoiler l'intérêt (*Section 1*) et, partant, à formuler la problématique, la méthodologie et le plan de la présente thèse (*Section 2*).

SECTION 1. L'OBJET ET L'INTÉRÊT DE LA RECHERCHE

3. Le problème à l'origine du sujet : un état de fait. L'objet de la recherche étant nécessairement dépendant du problème qu'elle pose, il convient de considérer que le problème situé au fondement de la présente thèse concerne la réparation des dommages susceptibles de résulter de l'exploitation de la fusion nucléaire comme future source d'énergie. Risque nouveau et singulier, la fusion nucléaire autorise donc à admettre que la présente thèse consiste moins en l'étude d'un concept juridique qu'elle n'est commandée par un état de fait : celui selon lequel ces activités (§ 1) questionnent la capacité du droit à faire face aux activités créatrices de risques inédits et à l'égard desquelles il convient de s'assurer qu'une juste réparation sera accordée aux victimes en subissant la réalisation (§ 2).

§ 1. Un procédé scientifique inédit : les activités de fusion nucléaire

4. Un défi technologique du XXI^e siècle. Le physicien russe Lev ARTSIMOVICH, un des pères fondateurs de la fusion nucléaire, aurait dit un jour que « la fusion sera disponible quand la société en aura besoin »¹⁶. À l'heure où le monde est en demande croissante d'énergie, où les solutions

¹⁵ Comité de rédaction de la Convention de Vienne, septième session, 1993, SCNL/7/INF.6, p. 9. Voy. également *Texte révisé de l'Exposé de motifs de la Convention de Paris*, approuvée par le Conseil de l'OCDE le 16 novembre 1982 [ci-après *Exposé des motifs* (1982)], p. 3, § 12 : « comme les perspectives d'utilisation de la fusion nucléaire n'apparaissent pas encore clairement, il ne semble ni possible ni nécessaire de viser celle-ci dans la Convention » et J-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 354.

¹⁶ Voy. B. BIGOT, « Préface » in R. ARNOUX, J. JACQUINOT, *ITER : le chemin des étoiles ?*, Aix-en-Provence, Edisud, 2006, p. 9.

climatiques suscitent un intérêt bien plus vif et où ce besoin d'une énergie inépuisable et propre se fait pressant, la fusion nucléaire apparaît comme une des meilleures chances de la planète pour un futur durable. À tout le moins, cela est l'ambition de ceux qui aujourd'hui seraient sur le point de concrétiser (B.) le rêve ancien de chercheurs du monde entier (A.).

A. L'émergence des activités de fusion nucléaire

5. La découverte de la fusion nucléaire. Comme le souligne Robert ARNOUX, à la question de savoir qui a découvert (ou inventé) la fusion nucléaire, une première réponse simple et évidente consisterait à écrire que « c'est la nature ! » : « cent millions d'années après le Big Bang, les premières réactions de fusion se sont produites dans le cœur ultra chaud et ultra dense des gigantesques sphères gazeuses que l'effondrement des nuages d'hydrogène primitifs avait patiemment formées. Ces étincelles, suivies de formidables embrasements, marquèrent la naissance des premières étoiles »¹⁷. Des milliards d'années plus tard, le phénomène est toujours à l'œuvre et constitue même l'état le plus ordinaire de la matière à l'échelle de l'Univers observable. Le Soleil, qui représente plus de 99 % de la masse de notre système solaire, n'est ainsi pas autre chose qu'une énorme boule d'hydrogène nourrie depuis toujours par les réactions de fusion se produisant en son cœur.

Si l'on devait ainsi dater, non pas l'invention de la fusion nucléaire, mais plutôt sa découverte, il faudrait remonter aux années 1920 au moment où le physicien Francis ASTON mesure le « défaut de masse » de l'hélium, c'est-à-dire la possibilité de récupérer une importante quantité d'énergie en fabriquant un noyau d'hélium à partir d'éléments plus légers. Arthur EDDINGTON sera ensuite le premier à suggérer que l'énergie des étoiles pourrait provenir de ce même type de réaction et à aspirer que l'humain apprenne un jour à libérer ce feu inépuisable à ses propres fins :

« [a] star is drawing on some vast reservoir of energy by means unknown to us. This reservoir can scarcely be other than the subatomic energy which, it is known exists abundantly in all matter; we sometimes dream that man will one day learn how to release it and use it for his service. The store is well-nigh inexhaustible, if only it could be tapped. There is sufficient in the Sun to maintain its output of heat for 15 billion years »¹⁸.

Partant, les premières expériences de fusion nucléaire sont entreprises. En 1934, Ernest RUTHERFORD parvient ainsi à obtenir la première réaction de fusion nucléaire en laboratoire et, à la veille de la Seconde Guerre mondiale, un solide cadre théorique est établi. Quoique les avancées technologiques concernent en premier lieu le phénomène de la fission nucléaire, l'engouement international pour la fusion nucléaire n'en est pas amoindri, et un dépôt de brevet pour un premier réacteur est même déposé en 1946. La guerre froide arrivée, la recherche sur la fusion nucléaire est mise un temps sous le sceau du secret en raison du développement concomitant de la Bombe « H », première application pratique du processus de fusion nucléaire. La prise conscience que le succès de la maîtrise d'une source d'énergie aussi importante sera conditionné par la poursuite et le développement d'une

¹⁷ R. ARNOUX, « Qui a "inventé" la fusion ? », *Iter Mag*, vol. 3, 2014.

¹⁸ Voy. A. S. EDDINGTON, "Address to the British Association in Cardiff" in *Observatory*, 24 août 1920 reproduit A. S. EDDINGTON, *The Internal Constitution of the Stars* (1926), reedition, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. X.

coopération internationale devait néanmoins pousser les équipes de chercheurs à collaborer en dépit de cet état de tension. Un tournant est ainsi opéré à l'occasion de la seconde Conférence « Atome pour la paix » de 1958, lorsque les grandes puissances se décident à partager les résultats obtenus isolément en ce domaine. Née dans le secret, la recherche sur la fusion s'expose à la lumière. Tandis qu'une percée majeure est réalisée en 1968 en Union soviétique avec la création du premier tokamak¹⁹, le *Joint European Torus* (JET) mis en service au Royaume-Uni en 1983 constitue le premier pas d'une véritable collaboration interétatique. Utilisé collectivement par les associations Euratom de plus de vingt États européens²⁰, il est le projet qui inspira, par la suite, l'organisation d'ITER²¹.

6. La naissance du programme ITER. Au début des années 1980, la communauté scientifique mondiale de la fusion nucléaire travaille, en effet, avec trois grands tokamaks : le JET européen, le TFTR américain et le JT-60 japonais. Ces installations n'étant que des installations de laboratoire, les États aspirent à la création d'un réacteur expérimental de plus grande envergure. Pour ce faire, une véritable mobilisation internationale doit s'opérer. Le sommet des superpuissances de Genève en 1985, au cours duquel le Président états-unien Ronald REAGAN rencontre pour la première fois Mikhaïl GORBATCHEV, Secrétaire général du Parti communiste de l'Union soviétique, en sera l'occasion. Sur l'agenda, la question de la fusion nucléaire n'occupe qu'une place modeste. Sur le communiqué officiel publié à l'issue de la rencontre, le paragraphe lui étant consacré est le dernier d'une longue liste. Les deux hommes y soulignant cependant l'importance de l'utilisation de la fusion thermonucléaire contrôlée à des fins pacifiques et la nécessité d'une coopération internationale en la matière²², cette déclaration suffit à enclencher une mise en ordre dans les différents programmes nationaux et européens²³. Deux années plus tard, Euratom, le Japon, l'Union soviétique (plus tard, la Russie) et les États-Unis s'associent pour concevoir une installation de fusion de très grande taille baptisée d'un nom porteur d'un double sens : « ITER »²⁴. En 2001, les études de conception de cette installation aboutissaient, et entre 2003 et 2005, le projet est rejoint par la République populaire de Chine, la République de Corée et l'Inde. Il reste alors à déterminer le site sur lequel serait entrepris le

¹⁹ Un tokamak est une machine expérimentale conçue pour exploiter l'énergie de la fusion nucléaire et consistant en un dispositif de confinement magnétique en forme d'anneau. Elle est la technologie utilisée au sein du programme ITER. Pour aller plus loin, voy. « Qu'est-ce qu'un tokamak » disponible sur <https://www.iter.org/fr/mach/tokamak>.

²⁰ Dès les années 60, la plupart des laboratoires européens engagés dans les recherches sur la fusion nucléaire avaient, en effet, signé des accords d'associations avec la communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom). Le premier devait d'ailleurs avoir concerné la France, qui dès 1959, devait avoir souscrit ce contrat en désignant le Commissariat à l'énergie atomique (CEA) comme responsable de l'ensemble des activités françaises de recherches sur la fusion thermonucléaire contrôlée réalisées. La gestion de ce contrat est ainsi confiée à l'Institut de recherche sur la fusion magnétique (IRFM) qui se trouve être l'exploitant du tokamak *Tore Supra* situé à Cadarache mis en chantier en 1982 dans le but d'appuyer les recherches conduites au niveau européen sur la fusion nucléaire.

²¹ Sur cet historique, voy. notamment R. ARNOUX, J. JACQUINOT, *ITER : le chemin des étoiles ?*, op. cit. ; G. LAVAL, *L'énergie bleue, histoire de la fusion nucléaire*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2007, 288 p. ou encore M. CLAESSENS, *ITER, étoile de la science : petite histoire d'un projet scientifique titanesque*, Plouharnel, les Éditions du Menhir, 2018, 300 p.

²² Voy. *Joint Soviet-United States Statement on the Summit Meeting in Geneva*, 21 novembre 1985, § 13 disponible sur <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/joint-soviet-united-states-statement-summit-meeting-geneva> : "[t]he two leaders emphasized the potential importance of the work aimed at utilizing controlled thermonuclear fusion for peaceful purposes and, in this connection, advocated the widest practicable development of international cooperation in obtaining this source of energy, which is essentially inexhaustible, for the benefit for all mankind".

²³ R. ARNOUX, J. JACQUINOT, *ITER : le chemin des étoiles ?*, op. cit., pp. 114-115.

²⁴ Voy. *Accord de participation de la Communauté européenne de l'Énergie atomique aux activités ayant trait à un avant-projet de réacteur thermonucléaire expérimental international (ITER) au côté du Japon, de l'Union des républiques socialistes soviétiques et des États-Unis d'Amérique*, JORF, n° L 102, 21 avril 1988, p. 0032. Ainsi, si ITER est l'acronyme de "International Thermonuclear Experimental Reactor", il correspond également au mot latin signifiant « le chemin ».

projet et, au terme de longues négociations, les membres désignent le site français de Cadarache²⁵. Le 21 novembre 2006, l'Accord ITER, donnant lieu à la création d'une organisation internationale chargée de la construction, de l'exploitation et du démantèlement ultérieur de l'installation, est signé. Le 24 octobre 2007, *ITER Organization* existe officiellement²⁶. En 2012, le réacteur en construction est le premier réacteur de fusion à se voir attribuer une autorisation à la suite d'un examen par l'Autorité française de sûreté nucléaire et l'organisation internationale en devient officiellement l'exploitant²⁷. Plus grand tokamak jamais conçu, le réacteur expérimental ITER a aujourd'hui pour but de démontrer la faisabilité scientifique et technique de l'utilisation de la fusion comme source d'énergie future²⁸. Ce projet de recherche à la structure institutionnelle et au fonctionnement quelque peu inédit devrait permettre le partage de la connaissance entre ses États membres — lesquels représentent plus de la moitié de la population mondiale — aux fins de la création future d'installations du même type dont l'intérêt réside dans la promesse d'une production énergétique plus sûre, plus propre et, surtout, inépuisable.

B. Les spécificités des activités de fusion nucléaire

7. Les promesses de l'énergie nucléaire de fusion. Depuis plus de soixante ans, il est effectivement reconnu que l'énergie de fusion est une source prometteuse de production commerciale d'électricité à l'échelle industrielle en raison des avantages qu'elle procure tant en termes de sécurité, de sûreté, de rendement que d'écologie. Elle répondrait en cela à l'un des défis les plus urgents et les plus ardues que notre société est conduite à relever : celui de la croissance effrénée de la demande énergétique mondiale, mais également d'une préoccupation grandissante de l'homme pour l'environnement qui l'entoure et les risques auxquels il est exposé. Au contraire de la fission nucléaire, dont le principe est de scinder des noyaux d'éléments lourds, la fusion nucléaire consiste en effet à combiner deux noyaux légers pour former le noyau d'un élément plus lourd et ainsi générer de l'énergie. Pour ce faire, les installations, qui pourront être construites sur le modèle d'ITER, seront conduites à utiliser du tritium et du deutérium qui sont deux isotopes de l'hydrogène afin de créer un noyau unique d'hélium. Ce combustible — le mélange de deutérium et de tritium — sera confiné par un champ magnétique dans une chambre protégée — le tokamak — et porté à une température très élevée, soit plus de 100 millions de degrés Celsius. La chaleur générée par le confinement transformera ce combustible en plasma et permettra ainsi aux noyaux de ces atomes de surmonter leur répulsion électrique mutuelle et de s'approcher les uns des autres. Il en résultera une fusion qui entraînera la création d'un nouveau

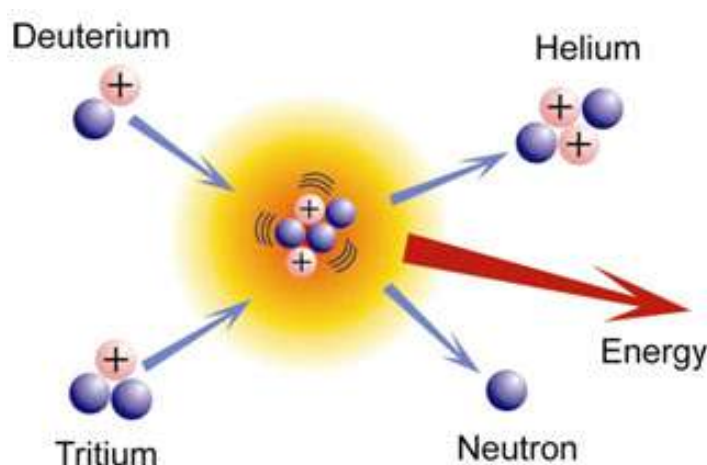
²⁵ Sur ces négociations voy. R. ARNOUX, J. JACQUINOT, *Iter : le chemin des étoiles ?*, op. cit., pp. 134 et ss.

²⁶ *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER*, signé à Paris le 21 novembre 2006, entrée en vigueur le 24 octobre 2007, RTNU, vol. 2491, p. 207 et voy. également *Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER*, signée à Paris, le 21 novembre 2006, entrée en vigueur le 24 octobre 2007, RTNU, vol. 2491, p. 317.

²⁷ Voy. *Décret n° 2012-1248 du 9 novembre 2012 autorisant l'Organisation internationale ITER à créer une installation nucléaire de base dénommée « ITER » sur la commune de Saint-Paul-lez-Durance (Bouches-du-Rhône)*, JORF, n° 262, 10 novembre 2012, texte n° 14. On notera ainsi qu'aux termes de l'Accord ITER, l'Organisation se soumet au droit français dans ce domaine qui relève de la sûreté nucléaire : *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER*, op. cit., art. 14.

²⁸ Voy. *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER*, op. cit., art. 2 : « [L']objet de l'Organisation ITER est d'assurer et de promouvoir la coopération entre les membres visés à l'article 4 (ci-après dénommés « les membres ») sur le projet ITER, un projet international qui vise à démontrer la faisabilité scientifique et technique de l'énergie de fusion à des fins pacifiques, dont un élément essentiel sera de parvenir à une production de puissance soutenue à partir de la fusion ».

noyau dans un état instable. Ce noyau retrouvera sa stabilité en éjectant un atome d'hélium et un neutron contenant beaucoup d'énergie²⁹.



Schématisme d'une réaction de fusion nucléaire³⁰.

Cette production énergétique présenterait ainsi de nombreux avantages, le premier étant que les combustibles qui l'alimentent sont quasi inépuisables. Le deutérium est présent en grande quantité dans les océans – un litre d'eau de mer contenant 33 milligrammes de deutérium – et s'obtient par simple distillation de l'eau. Quant au tritium, s'il n'est présent dans la nature qu'à l'état de trace³¹, il peut néanmoins être produit par l'interaction d'un neutron et d'un atome de lithium. Or le lithium est un métal léger présent en abondance dans la croûte terrestre ainsi que dans l'eau de mer. Pour cela, ITER devra puiser, dans un premier temps, dans les ressources de tritium produites par les réacteurs CANDU³². L'idée est néanmoins de recouvrir la paroi de la chambre du tokamak de lithium afin que les neutrons résultants de la réaction de fusion y soient absorbés et que du tritium puisse en être extrait afin d'être recyclé dans le plasma. La réaction de fusion permettrait ainsi de produire du tritium de manière continue autorisant alors les réacteurs futurs à fonctionner en autarcie³³. *In fine*, la quantité d'énergie produite par une réaction de fusion pourrait être 4 millions de fois supérieure à celles que génèrent des réactions chimiques telles que la combustion du charbon, du pétrole ou du gaz naturel. Le second avantage de la fusion nucléaire serait sa sûreté. En l'état des connaissances actuelles, on considère que la réaction susceptible de se produire dans un réacteur de fusion est intrinsèquement

²⁹ Pour aller plus loin, voy. G. LAVAL (dir.), *La fusion nucléaire : De la recherche fondamentale à la production d'énergie*, Les Ulis, EDP Science, 2007, 251 p. ou encore EUROPEAN FUSION DEVELOPMENT AGREEMENT, "A conceptual study of commercial fusion power plants, Final Report of the European Fusion Power Plant Conceptual Study", avril 2005, EFDA-RP-RE-5.0.

³⁰ NUPEX, « L'énergie nucléaire, Fusion nucléaire » disponible sur <http://www.nupec.org>,

³¹ J. SONGSHENG, H.E. MING, « Evidence for Tritium Production in the Earth's Interior », *Chinese Science Bulletin*, vol. 53, 2008, p. 540.

³² Les réacteurs CANDU (Canadian deuterium uranium), conçus au Canada, sont des réacteurs nucléaires fonctionnant à l'uranium naturel et à l'eau lourde pressurisée dont l'une des particularités est de produire du tritium dans leur fonctionnement normal.

³³ Voy. S. REYES, "LIFE Tritium Processing : A Sustainable Solution for Closing the Fusion Fuel Cycle", *Fusion Science and Technology*, vol. 64, 2013, pp. 187-193 ; W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *BDN*, vol. 93, 2014/1, pp. 49-50 ; G. LAVAL (dir.), *La fusion nucléaire : de la recherche fondamentale à la production d'énergie ?*, op. cit., sp. pp. 167 et ss, et ITER, « Les combustibles » disponible sur <https://www.iter.org/fr/sci/fusionfuels>.

sûre. À la différence d'un réacteur de fission, aucun emballement de la réaction ou de fonte du cœur du réacteur ne serait possible si bien, vulgairement, qu'un accident semblable à celui de Tchernobyl ou encore de Fukushima ne pourrait *a priori* s'y produire. La fusion ne repose, en effet, pas sur une réaction en chaîne, car l'alimentation en combustible doit se faire de manière continue. L'enceinte au sein de laquelle les réactions se produisent ne devrait contenir qu'une quantité de combustible permettant d'alimenter la réaction que pendant quelques secondes. En cas de perturbations, la réaction est donc supposée cesser par elle-même³⁴. De plus, la particularité des installations de fusion serait de contenir très peu d'éléments radioactifs. À l'exception du tritium dont la dangerosité alléguée reste plus faible que les éléments utilisés au sein des réacteurs de fission (uranium ou plutonium), le deutérium, le lithium et l'hélium ne sont pas des produits radioactifs. En fonctionnement, le risque principal résiderait donc dans un relâchement de tritium, hypothèse sur laquelle il nous sera, au demeurant, donné de revenir au sein de notre propos. Enfin, et contrairement aux réacteurs nucléaires de fission, les réacteurs de fusion ne devraient pas produire de déchets radioactifs de haute activité. Seuls les matériaux, activés par des neutrons de haute énergie et le circuit du tritium, devraient constituer des déchets radioactifs. Traités, conditionnés et entreposés sur site, ces derniers devraient en sus connaître une durée de demi-vie d'une dizaine d'années³⁵ si bien qu'au terme de cent ans, ces matériaux pourraient être réutilisés³⁶. En d'autres termes, la fusion nucléaire est supposée ne pas poser les mêmes difficultés que celles qui concernent l'enfouissement des déchets hautement radioactifs dont le stockage sur de très longues périodes (plusieurs centaines de milliers d'années) est aujourd'hui source de questionnement³⁷.

8. Le problème de l'énergie nucléaire de fusion. Cela étant admis, de nombreuses incertitudes s'attachent encore à la mise en œuvre d'un tel processus et au risque qu'elle pourrait alors présenter. S'il appartiendra à ITER de faire la démonstration de cette faisabilité scientifique et technologique, l'implantation de ce projet n'a pas été sans susciter de nombreuses questions, notamment des questions juridiques tenant au statut de cet exploitant international, à ses droits, obligations et surtout aux responsabilités y étant associées³⁸. En effet, alors que la soumission de cette installation, et

³⁴ Voy. G. LAVAL (dir.), *La fusion nucléaire : De la recherche fondamentale à la production d'énergie*, op. cit., p. 203 ; U.S. DEPARTMENT OF ENERGY, "Safety of Magnetic Fusion Facilities : Requirements", DOE-STD-6002-96, 1996, p. 14 ou encore et ITER, « ITER et la sûreté » disponible sur <https://www.iter.org/fr/mach/safety>

³⁵ La demi-vie est le temps mis par une substance pour perdre la moitié de son activité pharmacologique, physiologique ou radioactive. Dans le cadre du nucléaire, cette demi-vie ou « période radioactive » est donc le temps au cours duquel la quantité des atomes radioactifs d'une substance radioactive se désintègre de moitié. Pour exemple, le plutonium 239 utilisé par l'industrie nucléaire de fission a une demi-vie de 24 110 ans. Quant à l'uranium 233, sa demi-vie est de 159 200 années. Pour le tritium, elle est estimée à 12,32 années, comme il le sera vu *infra* cette thèse.

³⁶ Des études sont actuellement conduites afin de développer des matériaux « à faible activation » permettant encore de réduire cette durée.

³⁷ Voy. European Fusion Development Agreement, "A conceptual study of commercial fusion power plants, Final Report of the European Fusion Power Plant Conceptual Study", op. cit., p. 19 ; G. LAVAL (dir.), *La fusion nucléaire : de la recherche fondamentale à la production d'énergie ?*, op. cit., sp. pp. 203-204. Sur la question des déchets nucléaires de fission voy. J.-M. PONTIER, E. ROUX (dirs), *Droit nucléaire : Les déchets nucléaires*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, 279 p. ; J.-P. SCHAPIRA (dir.), *Les déchets nucléaires : un problème mondial*, Paris, La Documentation française, 1991, 56 p. ou encore B. BONIN (dir.), *Les déchets nucléaires : État des lieux et perspective*, Les Ulis, EDP Science, 2011, 294 p.

³⁸ Sur la structure institutionnelle, l'organisation et le fonctionnement de l'Organisation ITER, voy. notamment L. GRAMMATICO-VIDAL, « Le réacteur expérimental thermonucléaire international ITER : Quel droit applicable pour cet exploitant de niveau international ? », *BDN*, vol. 84, 2009/2, pp. 113-125 ; J. VAYRON, « Le projet ITER » in J.-M. PONTIER, E. ROUX et L. JAEGER, *Droit nucléaire - L'industrie du nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018, pp. 171-181 ; D. GAMBIER, « ITER : entre géopolitique et gouvernance internationale », *RDU*, 2010-4, p. 729-757 ou encore C. ROCHE, « ITER, un nouveau sujet de droit international », *Riséo*, 2016-1, pp. 174-189.

corrélativement de cet exploitant, aux prescriptions de sûreté applicable n'a pas posé de difficultés³⁹, la question de la réparation des dommages résultant de l'exploitation de la fusion nucléaire suscitent de plus grandes difficultés. Comme énoncé ci-devant, les activités de fusion nucléaire sont effectivement exclues du régime conventionnel existant, lesquelles réservent leur application aux accidents nucléaires de fission⁴⁰. Pourtant, et comme le souligne Laetitia GRAMMATICO, la mise en œuvre pratique du projet de fusion nucléaire ne sera réalisable que si l'industrie de la fusion nucléaire comme les victimes peuvent bénéficier d'un régime permettant de définir de façon simple et efficace les conditions dans lesquelles les dommages subis pourront être réparés⁴¹. Avant même que l'exploitation de ce premier réacteur que sera ITER, il faut s'assurer que les activités de fusion nucléaire bénéficient d'un régime approprié. Tels sont les enjeux juridiques que suscite aujourd'hui leur poursuite et leur développement. Tel est donc l'objet juridique de la présente thèse.

§ 2. Une difficulté juridique corrélative : la réparation du dommage nucléaire de fusion

9. Le régime de responsabilité civile nucléaire : une voie imposée ? Le problème de la réparation des dommages causés par les activités de fusion nucléaire — plus exactement par réalisation du risque nucléaire de fusion⁴² comme visant « l'accident »⁴³ — a certainement été mis en lumière par le commencement du projet ITER sur le territoire français lorsque *ITER Organization* a saisi l'Agence pour l'énergie nucléaire de l'Organisation de coopération et de développement économique afin que soit examinée la possibilité d'étendre le régime conventionnel à l'installation⁴⁴. Cette initiative, largement soutenue par la France, n'avait cependant rien d'inédit. Bien que les rédacteurs des conventions sur la responsabilité civile nucléaire n'aient pas jugé utile d'inclure les activités de fusion dans le champ d'application de celles-ci, la question avait déjà été étudiée au début des années 1990⁴⁵. Lorsqu'elle s'est reposée au début des années 2000, les conclusions sur ce point ne devaient cependant pas avoir profondément changé. Nonobstant un risque différent, les grands principes régissant la responsabilité du fait des dommages de fission auraient été, sinon adéquats, à tout le moins

³⁹ Comme en témoigne le *Décret n° 2012-1248 du 9 novembre 2012* précitée, cela n'a pas posé de difficultés. Cela est dû au fait que les prescriptions en matière de sûreté n'excluent pas, à la différence du régime de responsabilité civile nucléaire, le risque nucléaire de fusion.

⁴⁰ Sur la démonstration de cette exclusion, voy. *infra* Partie I, Chapitre préliminaire.

⁴¹ Voy. L. GRAMMATICO-VIDAL, « Quand la science se heurte au droit : responsabilité civile nucléaire et installation de fusion » in O. GUÉZOU, S. MANSION (dirs), *Droit public et nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 231.

⁴² Il doit bien être entendu que l'étude du risque nucléaire de fusion s'attache principalement à la recherche des dangers nouveaux et uniques. Un ouvrier travaillant sur une installation de fusion peut se casser une jambe en tombant d'une grue : c'est un risque, certes, mais ce n'est pas la réalisation d'un risque nucléaire de fusion. Cette nuance innovera d'ailleurs une grande partie de cette thèse.

⁴³ Le terme d'accident sera employé avec précaution au sein de cette thèse. Outre que « l'accident nucléaire » obéit à une définition particulière dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, le terme accident présente un caractère ambigu, car il laisse supposer un caractère purement fortuit, voire hasardeux. Or les « accidents » et même les « accidents nucléaires » ne sont pas toujours des événements fortuits ou hasardeux. Pour cela, la référence à la réalisation du risque ou à un événement dommageable sera majoritairement préférée en dehors de l'emploi du terme « accident nucléaire » dans son sens conventionnel. Sur ce point voy. *sp. infra* note 1107.

⁴⁴ Voy. L. GRAMMATICO-VIDAL, « Quand la science se heurte au droit : responsabilité civile nucléaire et installation de fusion », *op. cit.*, p. 232.

⁴⁵ Lors de la révision de la Convention de Vienne de 1963, la question s'était en effet posée du risque radiologique que serait susceptibles de présenter les installations de fusion nucléaire : voy. INLEX, *Textes explicatifs de Convention de Vienne de 1997 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires et Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires* [ci-après *Textes explicatifs*], 2004, p. 30. Pour cela, le Comité de droit nucléaire avait jugé utile d'étudier la question compte tenu du nombre potentiellement croissant de telles installations : voy. Secrétariat de l'AEN, « Extension of the technical scope of the Paris and Vienna Convention : fusion reactors », NEA/LEG/DOC(92)4, 1992 et auparavant Groupe d'experts gouvernementaux sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », NEA/LEG/DOC(91)7, 1991.

appropriés pour réceptionner les dommages causés par les activités de fusion⁴⁶. Si l'heure n'est certainement pas venue d'apprécier la validité de ces conclusions, cette mention présente toutefois une certaine importance. Il est effectivement remarquable que, lors des négociations internationales relatives à l'organisation de la réparation des dommages susceptibles de résulter des activités de fusion nucléaire, la question ait perpétuellement été envisagée en relation avec le régime conventionnel existant et qu'on eût souhaité l'étendre aux activités de fusion ou le reproduire *mutatis mutandis*. Bien qu'elle soit remarquable, la démarche ne saurait toutefois surprendre. Davantage, elle participe à mettre en lumière le cadre juridique dans lequel s'inscrit notre étude, et les enjeux qu'elle suscite.

Parce que classiquement « la réparation est indissociable de l'idée de responsabilité »⁴⁷, la démarche valide celle selon laquelle la réception de tels dommages devrait, par principe, incomber à une responsabilité de « nature civile »⁴⁸ dont la définition la plus neutre la présente comme l'obligation de réparer les dommages que l'on cause à autrui⁴⁹ ou, plus précisément, aux cas dans lesquels une personne est tenue de « réparer un dommage subi par autrui et à la réalisation duquel le droit considère qu'elle n'a pas été étrangère »⁵⁰. Certainement, cette définition paraît loin d'éclairer l'institution dans toute sa dimension, comme elle ne permet pas davantage d'en cerner les limites. Il faudra pour autant s'en contenter à ce stade de l'étude. Ce n'est pas tant que nous souhaitons ici entretenir un constat formulé au siècle dernier par trois éminents privatistes français qui relevaient que « s'il est un sujet qu'on soit tenté d'aborder sans le définir, c'est bien celui de la responsabilité civile »⁵¹. Simplement, tout régime de responsabilité organise, d'une part, en fonction de ses fondements et de ses finalités, un certain type de rapports entre des éléments de base que constituent

⁴⁶ Voy. Note du Secrétariat de l'AEN, « Responsabilité et garantie financières pour les risques liés aux installations de fusion nucléaire », NEA/NLC/DOC(2005)4, 2005 et pour un résumé, plus accessible, des conclusions tenues : voy. W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *BDN*, n° 93, vol. 2014/1, pp. 60 et ss.

⁴⁷ G. BIGOT, « Réparation » in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1331.

⁴⁸ Quel que soit le débiteur de la réparation, la responsabilité visant la réparation apparaît comme une responsabilité de nature civile. Ainsi, d'aucuns ont pu considérer qu'en droit administratif, il serait plus rigoureux d'évoquer « la responsabilité civile en droit administratif » au lieu d'une responsabilité administrative : voy. C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, Paris, LGDJ, 1983, pp. 781-783 et dans le même sens T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique, À la recherche de la responsabilité sans fait*, Paris, LGDJ, 2014, p. 2. Même en droit international, d'aucuns ont pu admettre la dimension de « nature civile » de la responsabilité internationale étatique quoique la disparition du dommage de ses conditions à l'issue des travaux de codification opérés sur ce point ait participé à valider qu'elle revêt plus qu'une telle nature : voy. A. PELLET, « Chapter 1 : The definition of responsibility in international law » in J. CRAWFORD, A. PELLET ET S. OLLESON (dirs.), *The law of international responsibility*, Oxford, OUP, 2010, p. 5 et rapprochez T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international*, thèse, Aix-Marseille Université, 2017, pp. 12 et ss. De plus, la responsabilité peut y trouver plusieurs sens : voy. J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « responsabilité » soulignant ainsi que la définition, en droit international, recouvre celle « ayant la même nature qu'une responsabilité de droit civil interne [...] et qui par l'effet de conventions internationales, s'applique aux États aussi bien qu'aux opérateurs privés ». Cette définition correspond, nous le verrons, à celle que propose le régime de responsabilité nucléaire.

⁴⁹ Voy. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., Paris, PUF, 2007, s.v. « responsabilité » ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 4^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 9 évoquant ainsi « l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à le réparer en offrant à la victime une compensation » ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 1 l'énonçant comme « l'obligation de réparer les dommages que l'on cause à autrui » ; C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 2, Paris, LGDJ, 1983, p. 804 pour qui responsabilité « égale obligation de réparer les dommages que l'on a causés ». Pour le droit international, voy. nonobstant sa nature particulière J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « responsabilité » définissant la responsabilité comme « ensemble des relations juridiques nouvelles découlant d'un fait internationalement illicite d'un sujet de droit international », et reprenant ainsi la définition de la CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ACDI*, 2001, vol. II-2, p. 33, article 1, comm. §1, mais soulignant néanmoins que la vision « se heurte à l'opposition de certains auteurs qui s'en tiennent à une définition traditionnelle et assignent à la responsabilité comme fonction exclusive l'obligation de réparer ». Cette définition n'est pas exclusive de la définition proposée par l'auteur et retranscrite note *supra*.

⁵⁰ L. BACH, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.*, 1977, p. 17.

⁵¹ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 1.

le fait générateur, le dommage et les liens existants entre ces éléments que sont la recherche de la causalité ou encore l'opération d'imputation comme mécanisme d'attribution à un sujet de droit de l'obligation de réparer⁵². D'autre part, la définition connaît un élargissement, et un dépassement, rendant difficile sa conceptualisation. Or, de cette hétérogénéité résulte la seconde raison d'un non-étonnement qu'aurait pu nous pardonner Paul AMSELEK⁵³.

La démarche entreprise ici est en effet conforme à l'idée que l'on se fait du régime de responsabilité civile nucléaire, et par devant lui du droit nucléaire, dont la singularité est bien souvent revendiquée (A.). Mais surtout, elle est imposée par les conséquences de cette singularité qui s'inscrit au sein d'un droit de la responsabilité, et par derrière lui d'un droit de l'indemnisation⁵⁴, marqué par « un recul du droit commun, en toutes matières, sous la forme de prolifération de statuts spéciaux et de revendications d'autonomie par telle ou telle discipline »⁵⁵. Or cette tendance régressive du droit contemporain conduit à reconnaître une certaine exclusivité audit régime pour ce qui relève du risque nucléaire qu'elle soit explicite ou qu'elle se révèle dans le simple constat de l'insuffisance ce droit à aujourd'hui à faire, par ailleurs, face au risque de la fusion nucléaire (B.).

A. La singularité du régime de responsabilité civile nucléaire

10. Le régime de responsabilité civile nucléaire : épicentre du droit nucléaire ? En 1991, Anne-Sophie MILLET introduisait son propos sur le régime de responsabilité civile nucléaire par le célèbre constat de Pierre-Marie DUPUY selon lequel « la responsabilité constitue l'épicentre d'un système juridique [...] un droit se dit, avoue ses fondements, trahit ses lacunes, démontre son efficacité et son degré d'intégration, à travers son système de responsabilité »⁵⁶. Pour l'auteure, dont la thèse consistait à démontrer l'existence d'un « système juridique nucléaire », la responsabilité civile nucléaire « confort[ait] cette assertion à plus d'un titre »⁵⁷. Cette idée doit pour autant être combattue d'entrée de jeu. Le régime de responsabilité civile nucléaire ne constitue certainement pas « l'épicentre » du droit nucléaire dans ce sens que « la nature des droits, la structure des obligations, la définition des sanctions de leur violation, tout y converge et s'entremêle en des rapports logiques et des relations d'étroite interdépendance »⁵⁸. Il n'existe aucune interdépendance ou interaction directe entre le régime de responsabilité civile nucléaire et les autres branches du droit nucléaire. La mise en œuvre du régime de responsabilité n'est dépendante ni des autres normes du droit nucléaire ni de leur violation.

⁵² Voy. en ce sens P.-M. DUPUY, « Responsabilité » in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1345.

⁵³ En référence à P. AMSELEK, « L'étonnement devant le droit », *APD*, vol. 13, 1968, pp. 163-183.

⁵⁴ À l'instar de J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, Paris, LDGJ, 2013, p. 10 et d'autres, l'emploi du terme « réparation » sera préféré pour les hypothèses où il est question de responsabilité au sens où l'entendent les droits civil, administratif et international. Dans le même sens J.-M. PONTIER, « Sida, de la responsabilité à la garantie sociale (à propos de la loi du 31 décembre 1991) », *RFDA*, 1991, p. 553 soulignant que « l'indemnisation semblait avoir son existence liée inéluctablement à la reconnaissance d'une responsabilité. Pourtant, tel n'est plus le cas et c'est pourquoi d'ailleurs, on pourrait, d'un point de vue terminologique réserver le terme réparation aux cas de responsabilité et celui d'indemnisation au versement d'une somme en dehors de ces hypothèses ». En toute hypothèse, la distinction entre les deux notions apparaîtra clairement au sein de notre étude.

⁵⁵ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 116.

⁵⁶ P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *RCADI*, 1984, vol. 188, p. 21.

⁵⁷ A. S. MILLET, *Invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, op. cit., p. 328.

⁵⁸ P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », op. cit., p. 21.

Obéissant à ses propres définitions, lesquelles conditionnent son champ d'application, le régime de responsabilité civile nucléaire n'est *grosso modo* déclenché que par la seule survenance d'un *accident nucléaire*⁵⁹ permettant alors la recherche d'une responsabilité l'on s'attachera à désigner au sein de notre propos comme « une responsabilité *même sans faute* »⁶⁰. En d'autres hypothèses, le nucléaire apparaît dans les autres droits de la responsabilité, aussi bien en droit international⁶¹, qu'en droit administratif⁶² ou encore en droit privé⁶³. Si ce constat permet de souligner les particularités de ce régime de responsabilité (2.), mais avant tout celles du droit duquel il ne constituerait *in fine* qu'une composante, et dont la définition est essentielle à la compréhension du propos : le droit nucléaire (1.)

⁵⁹ Au sens des conventions internationales.

⁶⁰ Il est différentes manières de désigner une responsabilité sans faute, qu'elle soit sans faute, objective, absolue, causale, de plein droit etc. Ces expressions ne peuvent cependant pas toute se tenir pour synonyme. La formule responsabilité « de plein droit » utilisée par la jurisprudence, ou par le législateur, est frappante, mais inexacte et excessive, car, toute responsabilité, même dénuée de la condition de la faute, reste soumise à certaines conditions : voy. en ce sens P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 12 ou encore M. TIREL, *L'effet de plein droit*, Paris, Dalloz, 2018, 382 p. et C. ATIAS, « Le plein droit », *D.*, 2013, pp. 2183-2184. Quant à l'expression responsabilité *absolue*, elle devrait être réservée aux seuls cas dans lesquels le responsable ne peut s'exonérer par aucun moyen : voy. V. PALMER, « Trois principes de la responsabilité sans faute », *RIDC*, 39-4, 1987, pp. 825-838. Enfin, pour ce qui concerne la différence entre la responsabilité « objective » ou « sans faute », la différence est plus ténue. Si certains considèrent qu'elle peut correspondre à une différence de degré, il nous semble qu'il n'y a en réalité pas de grande différence entre les deux intitulés. A dire vrai, aucune de ces appellations ne satisfait réellement. Sans dénier l'existence d'un mouvement d'objectivisation, la responsabilité objective induit cette idée de ne pas prendre en considération le fait générateur. Or, en matière de responsabilité, le fait générateur n'est jamais indifférent, qu'il soit accidentel ou non, en raison de l'exigence d'imputation de ce fait à un responsable : voy. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., 1949, rééd. Paris, LGDJ, 2014, p. 207 qui relevait que, à l'égard de l'expression « responsabilité objective » qu'elle « constituerait un retour à la règle barbare de la vengeance exercée sur l'instrument du dommage » quand le risque — lequel a été le facteur de développement de la responsabilité civile *même sans faute* — éveille pourtant « l'idée d'une attribution des actes à leur auteur, ce qui après tout est bien une idée de responsabilité subjective ». Cette question constituera d'ailleurs l'objet de développements divers dans la présente thèse. Quant à la notion de responsabilité « sans faute », nous lui préférons celle de responsabilité *même sans faute* : la première notion en effet trompeuse, car elle tendrait à supposer l'absence de toute faute. Or, il nous sera donné de constater qu'un événement dommageable, même un « accident nucléaire », peut impliquer l'existence d'un facteur humain, qu'il soit fautif ou non. La responsabilité dite « sans faute » ne vise donc que l'indifférence de la faute, c'est-à-dire l'exonération de la preuve d'une faute pour la victime et l'impossibilité pour le responsable de s'exonérer par la preuve de l'absence de faute. Dans le cadre d'un régime de responsabilité dit sans faute, une faute peut avoir été commise, mais elle sera totalement ignorée. Charles EISENMANN l'a ainsi souligné : « Dire : "Responsabilité sans faute", ce n'est pas définir un fondement : mais simplement en exclure un » : C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, Paris, LGDJ, 1983, p. 968. Pour cela, l'emploi de l'expression « *même sans faute* » et le constat de son ambiguïté est plus souvent l'objet de la doctrine administrativiste, et ce bien que le constat soit également valable pour la responsabilité civile : voy. ainsi Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile, déclin ou renaissance », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n°5, 1987, p. 29 : « la théorie du risque se résume au fond à une proposition purement négative : être responsable pour risque, c'est l'être même si on a commis une faute ». Voy. pour une utilisation de l'expression « *même sans faute* » par le juge administratif : CE, 29 juin 1962, *Société « Manufacture des machines du Haut-Rhin »*, *Rec. Lebon*, p. 432 ou encore CE, 16 juin 2008, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Association Montjoie, T. Lebon* et dans la doctrine P. AMSELEK, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, LGDJ, 1975, p. 234.

⁶¹ On pensera bien sur ici à la célèbre affaire des *Essais nucléaires* bien qu'elle n'ait donné lieu à aucun arrêt sur le fond : voy. CIJ, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, 20 décembre 1974, exceptions préliminaires, *Rec. CIJ*, p. 253 ; (*Nouvelle-Zélande c. France*), 20 décembre 1974, exceptions préliminaires, *Rec. CIJ*, p. 457. On pourra également invoquer les contentieux introduits par les Iles Marshall concernant la course à l'armement nucléaire, lesquels n'ont également pas donné lieu à un arrêt sur le fond : CIJ, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, 5 octobre 2016, *Rec. CIJ*, p. 255 ; (*Iles Marshall c. Pakistan*), 5 octobre 2016, *Rec. CIJ*, p. 552 ; (*Iles Marshall c. Royaume-Uni*), 5 octobre 2016, *Rec. CIJ*, p. 833 et rapprochez CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Rec. CIJ*, p. 226. On pourra encore également évoquer l'affaire de l'*Usine de Mox* : voy. TIDM, *Affaire de l'Usine de Mox (Irlande c. Royaume-Uni)*, ordonnance du 13 novembre 2001, *Rec. TIDM*, p. 89 ; CPA, *Différend concernant l'accès à l'information en vertu de l'article 9 de la Convention OSPAR (Irlande c/ Royaume-Uni)*, ILM 2003, p. 1118. Enfin, le nucléaire est également l'objet d'un contentieux de la responsabilité dans d'autres domaines, tel que le domaine des droits de l'homme : voy. pour un exemple récent CEDH, *Association Burestop 55 et autres c/ France*, 1er juillet 2021, req. n° 56176/18.

⁶² Voy. pour exemple CE, 2 octobre 1987, n° 68894, *EDF c/ Époux Spire*, *Rec. Lebon*, p. 302 ; CE, 1er mars 1989, n° 56.806, *Épx Docquet Chassaing c. E.D.F.*, *Inédit* (responsabilité des ouvrages publics). Voy. également CAA Nantes, 16 décembre 1998, n° 96NT00872, *M^r Y., syndic de la liquidation de la SA des réveils Bayard* et CAA Nancy, 14 nov. 2005, n° 04NC01024, *M. X* (cas de pollution radioactive). Voy. enfin et surtout CAA Paris, 19 mars 2008, *Ledoux*, n°06PA02185 et CAA Marseille, 5 novembre 2009, n° 08M100174 (responsabilité de l'administration française pour la gestion de l'accident de Tchernobyl), ou encore CAA Marseille, 6 avril 2021, n° 17MA00404 (responsabilité de l'administration française du fait des essais nucléaires). Plus spécifiquement sur cette question voy. J.-M. PONTIER, « Le contentieux du nucléaire devant le juge administratif » in J.-M. PONTIER, E. ROUX, *Droit nucléaire : Le contentieux du nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, pp. 85-114.

⁶³ Voy. pour un exemple concernant un accident professionnel survenu sur une centrale nucléaire (électrocution d'un salarié alors qu'il débranchait un enregistreur d'aérosol radioactif, faute inexcusable de l'employeur) : Cass. soc., 27 avril 1983, n°82-12.574, *Bull. soc.*, n° 212.

1. Un régime inscrit dans le droit nucléaire

11. Le droit nucléaire : un droit finaliste. Il n'existe aucune définition du droit nucléaire susceptible d'être relevée dans les grands textes régissant la matière. Pour autant, la doctrine s'est attachée à en fournir une. Le plus souvent présenté comme un « ensemble de normes juridiques spéciales formulées en vue de réglementer la conduite de personnes menant des activités se rapportant aux matières fissiles, aux rayonnements ionisants et à l'exposition aux sources naturelles de rayonnement »⁶⁴, le droit nucléaire est ainsi traditionnellement envisagé par la spécificité de l'objet auquel ses normes se rapportent, c'est-à-dire l'élément scientifique, et non juridique, que constitue une réaction nucléaire⁶⁵. Si cette définition présente le mérite de souligner les caractéristiques de ce droit non issu d'un « creuset unique »,⁶⁶ mais d'un amas de textes « non uniformes »⁶⁷, elle permet également de saisir la particularité de ce droit, et par derrière lui du régime nous intéressant. Pour nombre d'auteurs, le droit nucléaire serait, en effet, un droit à part entière. Il planerait ainsi sur celui-ci « le spectre d'un droit spécial exorbitant du droit commun »⁶⁸ participant à en faire une « discipline »⁶⁹, un « droit autonome »⁷⁰, voire un « un système juridique »⁷¹. Disons-le néanmoins tout de go : pour légitime et intéressant que constitue ce débat, il ne saurait véritablement servir ici notre propos⁷². Cependant, cette vision des choses autorise à formuler quelques observations afférentes.

On ne saurait en effet nier que la technologie nucléaire a été « la première technologie pour laquelle un ensemble de dispositions juridiques et institutionnelles présentant un caractère spécifique a été mis en place ». On pourrait cependant douter, sinon de la spécificité ou de l'existence de ce droit, à tout le moins de son autonomie ou de sa représentation comme « un système juridique autonome » quand il servirait « plutôt à désigner, de manière commode, plusieurs innovations apportées à diverses branches du droit, qui ont le même objet — la norme applicable aux utilisations de l'énergie nucléaire, dans la mesure où elle déroge au droit commun — et qui présentent une certaine cohérence »⁷³. Cette cohérence, elle ne relève, en réalité, que d'un élément : celui de l'objet

⁶⁴ C. STOIBER, A. BAER, N. PELZER, W. TONHAUSER, *Manuel de droit nucléaire*, Vienne, Éditions AIEA, 2006, p. 4.

⁶⁵ Voy. Y. MARTIQUET, *L'autonomie du droit nucléaire – Contribution à l'étude de la nature et des caractères d'un droit nouveau*, thèse, Université de Nîmes, 2015, p. 13 : « [l]e droit nucléaire est ainsi une division du droit qui régit l'ensemble des activités utilisant les réactions nucléaires. Ce champ d'application présente une certaine originalité puisque la compréhension du droit est ici conditionnée par un élément scientifique et non juridique. La définition même de ce droit ne dépend pas d'un acte ou une personne définie juridiquement contrairement à la plupart des divisions du droit ».

⁶⁶ A-S. MILLET, *Invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, op. cit., p. 25

⁶⁷ CEA, *Droit nucléaire*, Paris, Éditions Eyrolles, 1979, p. 93.

⁶⁸ M-B. LAHORGUE, « Le droit nucléaire du 20^{ème} siècle au 21^{ème} siècle : regards rétrospectifs », *Riséo*, 2016-1, p. 37.

⁶⁹ Voy. M. VIVANT, « Science et praxis juridique », *D.*, 1993, p. 110 ; E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, thèse, Aix-Marseille Université, 2017, pp. 20 et ss.

⁷⁰ Voy. Y. MARTIQUET, *L'autonomie du droit nucléaire – Contribution à l'étude de la nature et des caractères d'un droit nouveau*, op. cit., sp. p. 412.

⁷¹ Voy. A. S. MILLET, *Invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, op. cit. ou encore M-B. LAHORGUE, « Le droit nucléaire du 20^{ème} siècle au 21^{ème} siècle : regards rétrospectifs », op. cit., p. 35 évoquant « les caractéristiques du système juridique de la production atomique ».

⁷² De plus, les critères qui permettent de qualifier de « disciplines » les différents sous-ensembles qui composent le monde du droit sont en effet éminemment variable, tout comme leur degré d'autonomie peut s'apprécier suivant différents sens : voy. CHEVALLIER, « Ce qui fait discipline en droit » in F. AUDREN, S. BARBOU DES PLACES (dirs), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Évolution et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 47-59 ; J-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux » in *Études de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 280 et ss. Quant à la notion de système juridique, « la générosité de la science juridique dans l'emploi de la notion n'a d'égale que la disparité des significations qu'on lui attribue » : G. TIMSIT, « Système » in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1462.

⁷³ P. STROHL, « Originalité du droit nucléaire », *Le courrier du CRNS*, 1990, 75.

scientifique qu'il régit et surtout de sa finalité de « protéger et de promouvoir »⁷⁴ en « fixant un équilibre socialement acceptable entre les dangers associés à l'utilisation de l'énergie nucléaire et les bénéfices que l'on peut en retirer »⁷⁵. Aussi, peut-on affirmer « [qu'] en vérité, le domaine atomique n'est pas univers à part », car, pour ce faire, la maîtrise de l'atome a eu « besoin du concours de toutes les disciplines » et elle s'est ainsi trouvée « au bout ou sur le trajet de toutes les sciences et de toutes les techniques »⁷⁶.

12. Le droit nucléaire : un droit « novateur »⁷⁷. Par-delà son objet difficilement saisissable⁷⁸, le droit nucléaire reste en effet un droit « exubérant »⁷⁹, « carrefour », « miroir » et « servant »⁸⁰. Il est d'abord exubérant et carrefour en ce qu'il relève de plusieurs droits et « qu'en lui se retrouvent des droits qui sont eux-mêmes parfois interdisciplinaires ou transdisciplinaires »⁸¹. Modèle « d'interdépendance juridique internationale »⁸², le droit nucléaire tire en effet sa consistance de plusieurs ordres juridiques. Il s'est ainsi partiellement construit sur la base d'une série de conventions internationales ou autres instruments de natures diverses ayant précédé ou complété l'adoption de législations nationales, montrant ainsi une interpénétration rare entre le national et l'international⁸³ et un exemple certain « de pluralisme juridique mondial » et même de « pluralisme juridique mondial appliqué »⁸⁴. Dans l'ordre juridique interne, il relève ainsi autant du droit privé que du droit public si bien que, même dans les relations de droit privé, l'État n'est jamais bien loin⁸⁵. Par cela, il est également un droit miroir parce que de nombreux autres droits s'y réfléchissent. Il est même parfois un « miroir grossissant ou déformant » en ce sens que « les questions que les autres droits rencontrent se retrouvent dans le droit nucléaire, mais accentuées, exacerbées quelques fois »⁸⁶. Enfin, le droit nucléaire est un droit servant :

⁷⁴ T. MELESCANU, *La responsabilité pour les dommages nucléaires*, thèse, Université de Genève, 1971, p. 7 faisant notamment référence à W. BOULANGER, "The Development of Nuclear Law" in AIEA, *Nuclear Law for a Developing World*, Vienne, Éditions AIEA, 1969, *op. cit.*, p. 55 relevant que la but et la fonction du droit nucléaire "is that of all law, to promote the development of nuclear science and technology and to protect mankind against any hazards possibly connected therewith". Rapprochez avec H. KRÜSE, *Legal Aspects of the Peaceful Utilisation of Atomic Energy*, Berlin, Herne Verl Neue Wirtschafts-Briefe, 1962, p. 10 pour qui "the predominant social functions of the new body of law may in brief be described as being : a) to protect life, health and goods against the specific dangers of the Atomic Age (protective function); b) to ensure the utilization of the scientific and technological achievement in the interest of the community (disciplinary function); c) to encourage further progress and development (development function)".

⁷⁵ P. REYNERS, « Le droit nucléaire confronté au droit de l'environnement : autonomie ou complémentarité ? », *RQDI*, 2007, H-S, p. 161.

⁷⁶ R-E. CHARLIER, « Questions juridiques soulevées par l'évolution de la science atomique », *RCADI*, vol. 91, 1957, p. 221.

⁷⁷ J-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, Paris, PUF, 1994, p. 103.

⁷⁸ Voy. J-M. PONTIER, « Le droit nucléaire, droit à penser », *AJDA*, 2015, p. 1683 : « d'autres droits, certes, sont des "droits carrefour" parce qu'interdisciplinaires, ou transdisciplinaires. Tel est le cas du droit de l'urbanisme, du droit de l'environnement, de celui de la culture. Mais les deux premiers au moins ont un objet assez clairement identifié : on sait (à peu près) ce que sont l'urbanisme, l'environnement, même si des désaccords subsistent sur les définitions. Dans le droit du nucléaire c'est l'objet même de ce droit qui paraît difficilement saisissable ».

⁷⁹ P. REYNERS, « Le droit nucléaire confronté au droit de l'environnement : autonomie ou complémentarité ? », *op. cit.*, p. 161 citant J. DIAZ-GONZOBA, *Derecho Nuclear*, Grenade, Editorial Comares, 1999.

⁸⁰ Voy. J-M. PONTIER, « Le droit nucléaire, droit à penser », *AJDA*, 2015, p. 1683.

⁸¹ *Ibid.*, p. 1683

⁸² N. PELZER, « Structure, portée et limites de la coopération internationale dans le domaine de l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques », *BDN*, vol. 27, 1981/1, p. 36.

⁸³ Voy. sur le cadre international du droit nucléaire et sa diversité, la thèse de E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, *op. cit.*

⁸⁴ Voy. J-S. BERGER, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, p. 1 pour qui le pluralisme juridique mondial désigne « une forme particulière de pluralisme juridique induit par les phénomènes de mondialisation du droit et ses différentes déclinaisons [...] il décrit la multiplication des lieux de fabrication et d'application du droit qui apparaissent en dehors ou au-delà du modèle strictement étatique ». Quant à l'expression « pluralisme juridique mondial appliqué », elle « est attachée aux cas, de plus en plus fréquents, où à plusieurs droits élaborés dans un environnement national, européen ou européen sont susceptibles d'être appliqués à une situation juridique donnée ». Cela décrit bien le droit nucléaire, et nous le verrons, le régime de responsabilité civile nucléaire qui, en dépit de l'harmonisation qu'il institue, renvoie également à l'application des droits internes.

⁸⁵ Outre les développements *infra* voy. O. GUÉZOU, S. MANSON (dirs), *Droit public et nucléaire*, *op. cit.*

⁸⁶ J-M. PONTIER, « Introduction au droit nucléaire » in J-M. PONTIER, E. ROUX, *Droit nucléaire : Le contentieux du nucléaire*, *op. cit.*, p. 14.

il ne trouve de sens que dans l'accompagnement d'autres droits⁸⁷ qu'il a ainsi participé à « infléchir »⁸⁸ remettant dans le même temps en cause son unité⁸⁹, sa spécificité et son autonomie⁹⁰. À raison de cela, le droit nucléaire n'en reste pas moins un droit singulier. En « opér[ant] par emprunt, extensions, adaptations et transpositions »⁹¹, il a créé « une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté »⁹² dont le régime de responsabilité civile nucléaire constitue un exemple prégnant.

2. Un régime caractéristique du droit nucléaire

13. Un régime empreint du droit nucléaire. À bien des égards, le constat dressé à l'égard du droit nucléaire se retrouve dans le régime de responsabilité civile nucléaire dont il s'agira, au stade de cette étude, de ne donner qu'un aperçu. Guidé par le besoin de concilier les enjeux contradictoires de l'utilisation de l'énergie atomique (a.), il a été l'occasion de l'institution, sur le plan international, d'un régime composé de solutions dont la réunion dans un creuset unique devait lui conférer un caractère novateur (b.).

a. Un régime empreint de la finalité du droit nucléaire

14. La conciliation juridique d'enjeux contradictoires. Nous l'avons évoqué au début de cette introduction, le régime de responsabilité civile nucléaire a présenté la situation remarquable de faire du droit un élément ayant précédé le fait. La préoccupation de la responsabilité est, en effet, apparue dès le début de l'industrie nucléaire civile, à une époque où la révolution industrielle et le développement des technologies modernes devaient déjà avoir conduit certains États à adopter des législations déconnectant la responsabilité du dogme millénaire de la faute et de la « maxime indérogable » du Code civil français, mais reprise par les droits civils nationaux de bien d'autres, selon laquelle « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la

⁸⁷ Voy. J.-M. PONTIER, « Le droit nucléaire, droit à penser », *op. cit.*, p. 1687

⁸⁸ B. DE NÉRCY, « Présentation générale du droit nucléaire », *RGN*, 1981, n° 2, p. 96 : « des architectures complexes dans se mêlent l'ancien, le rénové et l'inédit. Le droit nucléaire ne s'est pas formé selon un processus différent : on reconnaît en lui des conceptions familières qui ont été infléchies pour faire face à des situations imprévues. Le caractère original du droit nucléaire commence effectivement à se dégager, et même à infléchir d'autres branches du droit ».

⁸⁹ Voy. J.-M. PONTIER, « Le droit nucléaire, droit à penser », *op. cit.*, p. 1687 : « car si l'on peut parler de droit du nucléaire chaque fois qu'une matière, un objet, un lieu, produit un rayonnement ionisant, et qu'il s'agit de prendre des mesures, aucune unité ne réunit pour autant ces interventions. Le droit du nucléaire est, sans mauvais jeu de mots, un droit éclaté ».

⁹⁰ La tendance étant en effet déjà à la perte de la spécificité de ce droit dans certains domaines : M. LÉGER, L. GRAMMATICO, « La loi relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire : quelles évolutions pour le droit nucléaire français ? », *BDN*, vol. 77, 2006/1, p. 7 ; M.-B. LAHORGUE, « Le droit nucléaire du 20^{ème} siècle au 21^{ème} siècle : regards rétrospectifs », *op. cit.*, sp. p. 54 : « l'adoption de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire dite TSN traduit définitivement la perte de spécificité du droit nucléaire dans la notion de transparence, la dilution de la police administrative nucléaire dans celles des installations classées pour l'environnement et l'adaptation du droit nucléaire par la réorganisation institutionnelle du contrôle nucléaire. Elle clôt le débat doctrinal sur l'autonomie du droit nucléaire ». Comparez avec P. REYNERS, « Le droit nucléaire confronté au droit de l'environnement : autonomie ou complémentarité ? », *op. cit.*, p. 163 : « [p]lus complexe est la question de l'autonomie du droit nucléaire par rapport aux autres droits (transports, santé, énergie...), les activités nucléaires s'exerçant, en dehors de certaines normes qui leur sont propres (sûreté, non-prolifération...), dans nombre de domaines où s'applique déjà une législation de portée plus générale. À titre d'exemple, en France, diverses dispositions se rapportant à la réglementation de la radioprotection sont intégrées dans le Code de la santé publique. Considéré dans son ensemble, il est donc difficile de parler de véritable autonomie du droit nucléaire ».

⁹¹ H. PUGET, « Préface » in H. PUGET (dir.), *Aspects du droit de l'énergie atomique*, Paris, Éditions du CNRS, 1965, vol. I. déniait ainsi l'autonomie « parfaite » du droit nucléaire : « [le droit nucléaire] ne se ramène pas à une simple application de règles antérieures aux phénomènes engendrés par la nouvelle énergie. Il compte des aménagements aux principes et aux systèmes précédents. Sans doute en raison de sa récente apparition, n'est-il pas complètement autonome : il se réfère au fonds juridique commun, il opère par emprunts, extensions, adaptations, transpositions, mais il prend forme à partir de données actuelles suivant un processus observé dans des circonstances comparables »

⁹² G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? » in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 770 pour qui l'on pouvait cependant tirer de ce caractère le signe d'une autonomie modérée.

faute duquel il est arrivé à le réparer »⁹³. Il n'est cependant pas besoin d'entrer dans le détail de cette évolution, qui sera au demeurant retracée au sein de notre propos, pour comprendre qu'une responsabilité *même sans faute* devait s'imposer dans ce domaine⁹⁴. Outre la « disproportion évidente existant entre le léger manquement que représente la faute civile et l'écrasante dette encourue », il était effectivement une « impossibilité morale de laisser sans compensation les victimes de catastrophe éventuelle causée par une telle activité »⁹⁵, d'autant « qu'il [leur] serait virtuellement impossible [...] d'avoir une connaissance détaillée de ce qui s'est produit »⁹⁶ et donc d'apporter la preuve d'une quelconque faute.

Toutefois, même en intégrant une telle responsabilité, le(s) droit(s) de la responsabilité civile existant(s) ne répondai(en)t pas à toutes les préoccupations. Même exonérées de la démonstration d'une preuve de la faute, les victimes auraient encore eu à charge d'identifier celui à qui aurait pu être imputée la source de leur mal : chaque acteur de l'industrie nucléaire, fournisseur ou société de construction, aurait pu être responsable. Il en aurait résulté une multiplication d'actions rendant l'objectif de réparation prompt et adéquate difficilement réalisable et les actions onéreuses⁹⁷. Dans le même temps, ces acteurs de l'industrie du nucléaire s'exposaient à une dette de responsabilité incertaine. En l'absence de référentiel accidentel et devant le faible savoir encore disponible, mais avec la certitude néanmoins que la réalisation du risque nucléaire pouvait connaître une ampleur démesurée⁹⁸ et que « la mort et la maladie frapper[ai]ent loin, tardivement, et [que] le hasard le plus impénétrable distribuer[ait] [l]es dommages » en résultant⁹⁹, l'évaluation du coût de ces derniers s'avérait complexe. Davantage, alors que le principe de réparation intégrale¹⁰⁰ semblait s'être imposé dans la plupart des systèmes juridiques¹⁰¹, cette incertitude rendait difficilement possible quelconque

⁹³ G. ETIER, *Du risque à la faute : évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Genève, Schulthess, 2006, p. 1 reprenant ainsi les mots de l'article 1240 du Code civil français.

⁹⁴ Voy. néanmoins, et outre les développements *infra*, les études précurseuses de R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, pp. 505-518 ; E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *op. cit.*, pp. 673-685 et surtout celle de J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1963, 519 p.

⁹⁵ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, 1965, reimp., Paris, LGDJ, 2013, p. 295.

⁹⁶ AEN, *Responsabilité et réparation des dommages nucléaires, une perspective internationale*, Paris, Éditions OCDE, 1994, p. 28.

⁹⁷ Voy. outre les développements *infra*, AEN, *Responsabilité et réparation des dommages nucléaires, une perspective internationale*, *op. cit.*, p. 28 ou encore R. FORNASIER, « Le droit international face au risque nucléaire », *AFDI*, vol. 10, 1964, p. 306.

⁹⁸ Voy. J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, pp. 25 et ss. Aussi, malgré le fait que certains auteurs aient pu comparer, en faveur du premier, le risque nucléaire et le risque routier, ils n'en demeuraient pas moins que le risque nucléaire renvoyait psychologiquement au souvenir de la bombe atomique, et donc aux tragédies d'Hiroshima et de Nagasaki. À la différence du nucléaire, le risque automobile était « statistiquement bien établi » et relevait, dans une certaine mesure d'un choix : « le conducteur automobile accepte de n'être, habituellement, pas assuré pour lui-même, car il a librement pris le volant » : L. GILLON, « Contraintes et risques technologiques » in *La réparation des dommages catastrophiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 15-22 et sur ce point Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire* *op. cit.*, p. 80 ; *Bulletin d'information du CERA*, n° 119, 1976, pp. 1-2. Comme le souligne Norbert PELZER, la publication d'un rapport états-unien dit « Brookhaven Report » en mars 1957 par la Commission de l'énergie atomique des États-Unis a néanmoins fait figure de précurseur et d'exception : voy. N. PELZER, « The Present State of Research » in *Les risques résultant de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire*, *op. cit.*, p. 209 faisant référence à USAEC, *Theoretical Possibilities and Consequences of Major Accidents in Large Nuclear Power Plants*, Washington, 1957, 105 p.

⁹⁹ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 511.

¹⁰⁰ Afin de ne pas préjuger des développements qui seront consacrés à cette notion dans le corps de notre thèse, on soulignera simplement que le principe de réparation intégrale constitue un « principe dit indemnitaire en vertu duquel la réparation doit couvrir tout le dommage (sans appauvrissement de la victime), mais seulement le dommage (sans enrichissement de la victime) » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, s.v. « Réparation — intégrale ». Il est ainsi celui auquel il est fait référence dans la célèbre formule de la Cour de cassation française, empruntée à René SAVATIER, selon laquelle « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans une situation où elle se serait trouvée si le dommage n'avait pas eu lieu » : Cass. 2^e civ., 28 octobre 1955, *JCP G*, 1955, II, 8765.

¹⁰¹ Sur l'universalité du principe voy. P. PIERRE, F. LEDUC (dirs.), *La réparation intégrale en Europe : études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles, Larcier, 2012, sp. p. 42.

couverture assurantielle. Au-delà de « l'odeur de justice » qui aurait résulté du recours à ce satellite utile de la responsabilité *même sans faute*¹⁰², la question apparaissait ainsi prégnante quant à la possibilité pour « l'industrie privée de faire face, seule, à des débours extrêmement importants »¹⁰³. Sans aide de l'État et/ou sans incitation assurantielle, soit l'industrie du nucléaire s'en serait ainsi trouvée paralysée par la réticence de ses investisseurs potentiels, soit les victimes se seraient trouvées face à une responsabilité fictive. « *From the very beginning* »¹⁰⁴, la responsabilité civile nucléaire a donc été confrontée aux deux enjeux contradictoires évoqués *supra*, et révélant à la fois son « inadéquation juridique » et sa « dangerosité économique »¹⁰⁵. Outre l'intention politique d'apaiser quelconque « étonnement craintif » du public¹⁰⁶, il fallait ainsi pouvoir conférer à l'institution de la responsabilité une fonction de protection et de promotion s'inscrivant dans la juste lignée de la finalité du droit nucléaire de créer un « équilibre acceptable »¹⁰⁷.

15. La conciliation internationale d'enjeux contradictoires. Si ces différentes problématiques démontraient l'utilité d'établir des règles dérogatoires des droits communs étatiques, il restait encore cette intuition — malheureusement vérifiée par la suite et fondant le truisme selon lequel « *a nuclear accident somewhere is a nuclear accident everywhere* »¹⁰⁸ — que l'un des aspects les plus problématiques de la radioactivité constituait sa capacité à se transporter au-delà des frontières. Or cet enjeu participait à exacerber les premières difficultés rencontrées en faisant entrer le droit international privé dans l'équation : un droit dont le jeu exposait les victimes d'un même évènement nucléaire à un traitement potentiellement inéquitable et même discriminatoire¹⁰⁹.

¹⁰² Comme on aura l'occasion de le relever au sein de cette thèse, l'assurance a en effet tenu un rôle fondamental dans l'émergence des régimes de responsabilité *même sans faute* qui, sans ce mécanisme, seraient apparus « d'une rigueur ayant parfois une odeur d'injustice » : P. ESMEIN, note sous Cass. civ. 2, 13 mars 1957, JCP, 1957. II. 10084.

¹⁰³ J.-P. PIÉCARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, op. cit., p. 41. On rappellera ainsi, et à toute fins utiles, que l'industrie nucléaire avait quitté l'aile protectrice et encombrante de l'État au début des années 50, notamment avec la promulgation, aux États-Unis, de l'*Atomic Energy Act* de 1954, et ce bien que, pour le cas de la France, l'industrie nucléaire soit tout de même fortement marquée par la présence étatique : voy. sur cette question J.-M. PONTIER, E. ROUX, L. JAEGER, *Droit nucléaire : l'industrie nucléaire*, op. cit.

¹⁰⁴ J.P.H. TREVOR, "Principes of Civil Liability for Nuclear Damages" in AIEA, *Nuclear Law for a Developing World*, op. cit., p. 109: "is easy to see that, if carried to extremes, these two considerations could lead to conflict. Accordingly, the formulation of principles of liability for nuclear damage inevitably involved compromises from the very beginning ».

¹⁰⁵ Voy. R. FORNASIER, « Le droit international face au risque nucléaire », op. cit., p. 308 et T. MELESCANU, *La responsabilité pour les dommages nucléaires*, thèse, Université de Genève, 1971, p. 55.

¹⁰⁶ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., p. 294 soulignant ainsi cette dimension politique de la responsabilité civile nucléaire qui était déjà mise en exergue par l'introduction de Ernest VON CAEMMERER ayant ouvert la présente introduction : « [L']énormité des forces mises à la disposition de l'homme et mal contrôlées par lui a suscité une sorte de panique devant les conséquences éventuelles d'un accident ». Sur cette dimension politique historique voy. E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, op. cit., pp. 161 et ss.

¹⁰⁷ P. REYNERS, « Le droit nucléaire confronté au droit de l'environnement : autonomie ou complémentarité ? », op. cit., p. 161 dont la citation complète a été reproduite quelques lignes plus haut.

¹⁰⁸ Voy. B. BRANDS, "Inaugural speech" in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Édition OCDE, 2000, p. 29 : "[w]e all have heard that 'a nuclear accident somewhere is a nuclear accident everywhere'" ou encore L. GILLON, « Contraintes et risques technologiques » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 18 : « un accident quelque part (somewhere) est un accident partout (everywhere) ».

¹⁰⁹ Le droit international privé est la branche du droit ayant pour objet le règlement des relations internationales affectées par la diversité des droits internes » ou plus restrictivement celle ayant pour objet le règlement des relations de droit privé. Il a ainsi pour objet de déterminer « l'État dont les juridictions sont compétentes pour connaître du contentieux issu d'une situation comportant des liens de fait avec une pluralité de pays, d'indiquer celui dont le droit doit apporter la réponse au litige, ou encore de définir la valeur d'un jugement ou d'un acte public étranger » : D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t.1, Paris, PUF, 2021, p. 26. Prévoyant une la mise en œuvre de certains critères aux fins de déterminer le tribunal compétent et la loi applicable à une situation donnée, son application est sujette à des solutions variables selon les ordres juridiques nationaux si bien que les victimes d'un même évènement nucléaire auraient pu être soumises à un traitement variable selon leur situation personnelle (notamment le lieu où leur dommage aurait été subi) et auraient risqué de ne pas voir le jugement leur donnant droit exécuté, les tribunaux d'un État ne reconnaissant pas toujours les jugements rendus par d'autres.

Partant, ce besoin inéluctable d'universalité et la conciliation de ces enjeux ont constitué le moteur de la construction du régime international de responsabilité civile nucléaire dont les rédacteurs n'ont jamais caché le profond dessein de favoriser tant les victimes d'un évènement nucléaire dommageable que celui des acteurs de cette industrie naissante¹¹⁰.

b. Un régime empreint de la méthode du droit nucléaire

16. Une entreprise internationale non inédite. Quoique novateur dans sa formulation, il serait faux d'affirmer que le régime international de responsabilité civile nucléaire a été le fruit d'une entreprise totalement inédite. D'une part, la méthode de la réglementation internationale de la responsabilité civile liée au « risque catastrophe » selon des principes dérogeant aux règles classiques de l'institution a trouvé ses origines dans le domaine aérien. À une époque où les risques de la navigation aérienne étaient considérables¹¹¹, des conventions ont ainsi été adoptées prévoyant certaines règles dérogatoires pour organiser la responsabilité des transporteurs aériens¹¹² ou des exploitants d'aéronefs¹¹³. Consacrant sur le plan international de grands principes, telles que la faute présumée ou la responsabilité *même sans faute*, la limitation de la responsabilité ou encore l'obligation d'assurance, ces conventions ont certainement ouvert la voie d'une réflexion mûrie¹¹⁴. D'autre part, il ne faut pas éluder le fait que c'est au niveau national que les premières règles dérogatoires ont été adoptées dans le cadre du nucléaire. En 1957, le Congrès états-unien adoptait ainsi le *Price Anderson Act* — une loi « proactive »¹¹⁵ destinée à favoriser le développement de l'industrie nucléaire privée et

¹¹⁰ Cet objectif se retrouve ainsi explicitement énuméré dès le préambule de la Convention de Paris telle qu'adoptée en 1960, et dont le texte, n'étant jamais entré en vigueur tel quel en raison d'un amendement précoce, se trouve reproduit dans l'ouvrage de J-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, op. cit., p. 338 : « [d]ésireux d'assurer une réparation adéquate et équitable aux personnes victimes de dommages causés par des accidents nucléaires, tout en prévenant les mesures nécessaires pour éviter d'entraver le développement de la production et des utilisations de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques ». Cette formulation se retrouve dans le préambule des conventions actuellement en vigueur, c'est-à-dire dans la Convention de Paris de 1982 et celle de 2004. Pour la Convention de Vienne, cette conciliation n'apparaît pas directement, quoique le préambule évoque « une protection financière contre les dommages » sans mentionner le bénéficiaire de cette protection. On la trouve néanmoins exposée au sein des textes explicatifs en donnant une interprétation autorisée : voy. *Textes explicatifs*, p. 6 : « [d]ans un laps de temps relativement court, la responsabilité civile pour les activités nucléaires a été donc couverte par plusieurs conventions internationales. D'une manière générale, celles-ci témoignent, d'une part, d'une reconnaissance embryonnaire de la nécessité d'un système plus solide et plus équitable d'étalement des pertes, afin de mieux protéger les victimes d'accidents nucléaires, et, d'autre part, d'un désir d'encourager le développement de l'industrie nucléaire ».

¹¹¹ T. BALLARINO, « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », *RCADI*, vol. 220, 1990, p. 329 : « la chute d'un dirigeable, un aéronef dont l'emploi pour des centaines de voyageurs paraissait très proche, était certainement un évènement catastrophique ».

¹¹² Voy. *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, signée à Varsovie le 12 octobre 1929, entrée en vigueur le 13 février 1933, *RTSN*, 1933, vol. 137, p. 11 telle qu'amendée par le *Protocole portant modification de certaines règles relatives au transport aérien international signé à Varsovie le 12 octobre 1929*, signée à La Haye le 28 septembre 1955, entré en vigueur 30 septembre 1963, *RTNU*, vol. 478, p. 371. On notera que cette convention a ensuite fait l'objet d'autres amendements, mais nous intéressent moins puisque survenus après le régime de responsabilité civile nucléaire. Surtout, il en a résulté un régime morcelé ayant motivé l'adoption de la Convention de Montréal destinée à le refondre entièrement et à supplanter à terme ce premier ensemble conventionnel.

¹¹³ Voy. *Convention pour l'unification de certaines règles relatives aux dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface*, signée à Rome le 29 mai 1933 (non référencée) et *Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers*, signée à Rome le 7 octobre 1952, entrée en vigueur le 4 février 1958, *RTNU*, vol. 310, p. 181.

¹¹⁴ Voy. sur une présentation des solutions diverses et divergentes de ces deux ensembles conventionnels T. BALLARINO, « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », op. cit., pp. 329-336.

¹¹⁵ O. MORÉTEAU, « Catastrophic Harm in United States Law : Liability and Insurance », *AJCL*, vol. 58, 2009, p. 11 ; E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, op. cit., p. 174.

faisant montre de solutions novatrices¹¹⁶, dont certaines ont innervé le régime international¹¹⁷ auquel ledit État n'a d'ailleurs que très tardivement été partie¹¹⁸. Entre 1958 et 1959, ce sont aux États européens de commencer à se doter de pareilles législations¹¹⁹. Quoique l'on puisse douter de leur influence sur la substance même du régime de responsabilité civile¹²⁰, il n'en demeure pas moins que ces dernières ont été déterminantes à l'adoption du régime international. En effet, si les rédacteurs des conventions formant le régime international ont trouvé leur inspiration dans le *Price Anderson Act*, ces « laboratoires nationaux »¹²¹ européens ont assurément participé à favoriser l'adoption des conventions internationales appelée à constituer la base sur laquelle de nouvelles législations nationales seraient adoptées.

17. Une entreprise internationale novatrice. En dépit des précédents existants, le régime de responsabilité civile nucléaire a en effet été l'occasion de permettre à la réglementation internationale de « s'engager plus à fond aussi bien dans la voie de la responsabilité objective que dans la canalisation du risque de caractère atomique »¹²², et ce notamment, par l'adoption de la Convention de Paris en constituant « l'œuvre d'avant-garde »¹²³. Initialement demandée par les professionnels de l'assurance¹²⁴ et adoptée dans le cadre de l'Organisation européenne de coopération économique en 1960, cette convention a constitué le premier texte en la matière, les instruments adoptés par la suite n'en ayant été « qu'une adaptation ou une extension »¹²⁵. Ainsi, on pourra opportunément souligner que la Convention de Paris a été complétée par la Convention complémentaire de Bruxelles dont le but a été d'instaurer un mécanisme de réparation complémentaire à celui consacré par cette

¹¹⁶ Cette loi bien qu'elle n'ait pas prévue une règle de responsabilité *même sans faute* (chaque État fédéré pouvant varier la réponse apportée sur ce point), présentait la particularité de prévoir une responsabilité de l'exploitant limitée dans son quantum et de l'obliger à l'assurance. Initialement, la loi prévoyait également une intervention de l'État dans la réparation du dommage au-delà de la limite de la responsabilité de l'exploitant, laquelle a finalement été abandonnée par l'intervention complémentaire d'un fonds prenant la forme d'un pool d'exploitant, mécanisme sur lequel on reviendra au sein de notre thèse. Enfin et surtout, cette loi présentait, et présente encore l'originalité d'instituer une canalisation économique de la responsabilité de l'exploitant, ce qui signifie que la garantie financière joue pour toutes les personnes susceptibles d'être mise en cause en cas d'accident nucléaire. Sur ce point, nous verrons qu'elle a influé le régime conventionnel bien que ce dernier n'ait pas repris exactement cette solution. On notera que cette loi est toujours en vigueur aujourd'hui bien qu'ayant fait l'objet de révisions substantielles dont la dernière date de 2005 et prolonge son application jusqu'en 2025 : voy. *Price-Anderson Act*, Pub. L. No. 85-256, 71 Stat. 576 (1957) ; *Energy Policy Act of 2005*, Pub. L. No. 109-58, 119 Stat. 594, 2005 et sur cette loi D.N. BERKOVITZ, "Price-Anderson Act : Model Compensation Legislation? – The Sixty-Three Million Dollar Question", *Harvard Environmental Law review*, vol.13, 1989, pp. 1-68 ; J. MARRONE, "Nuclear Liability Insurance – The Price-Anderson Reparations System and the Claims Experience of the Nuclear Industry", *Nuclear Safety*, vol. 24, 1983, pp. 783-791 ; H. K. SHAPAR, « La législation relative l'indemnisation des dommages nucléaires aux États-Unis », *BDN*, vol. 15, 1975/1, pp. 54-69 ; AEN, *Responsabilité et réparation des dommages nucléaires, une perspective internationale*, op. cit., pp. 78-85.

¹¹⁷ Voy. J-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, op. cit., p. 14 soulignant que « le droit international sert de relais à la politique américaine et s'efforce de parer aux dangers que comporte le nucléaire [...] en matière de responsabilité, les textes se multiplient et se superposent (Convention de Paris de 1960 complétée par la Convention de Bruxelles, Convention de Vienne à vocation universelle de 1963) s'inspirant des concepts du Price Anderson Act »

¹¹⁸ La position des États-Unis est particulière au sein du régime global, car ils ont largement œuvré pour inscrire certaines dispositions au sein des Conventions, mais ne les ont jamais ratifiées. Ce n'est que bien plus tard qu'ils ont adhéré à la Convention sur la réparation complémentaire de 1997 dont le mécanisme particulier s'avère avantageux puisqu'il leur permet de ne pas renoncer à certaines originalités de leur loi comme il le sera vu au sein de notre propos.

¹¹⁹ Pour un exposé détaillé de ces lois voy. l'œuvre de J-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, op. cit., pp. 135 et ss.

¹²⁰ Ces lois ont en effet été adoptées en pleine conscience de l'effort international conduit en parallèle, nonobstant le fait que certains de ces États aient pu retenir des solutions législatives divergentes du régime international. Ainsi, les conditions dans lesquelles ces lois ont été adoptées démontrent en réalité la conscience d'un effort international mené en parallèle de leur action et la volonté de ces États de s'inscrire en conformité avec l'accord international sur le point d'être adopté : voy. O. K. KAUFMANN, « La Convention européenne sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire », *RHDI*, 1961, p. 29.

¹²¹ E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, op. cit., p. 173.

¹²² Voy. T. BALLARINO, « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », op. cit., p. 349.

¹²³ J-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, op. cit., p. 116.

¹²⁴ Voy. A. BETTE, J-M. DIDIER, R. FORNASIER, R.M. STEIN, *La réparation des dommages nucléaires en Europe : Régime institué par la Convention de Bruxelles du 31 janvier 1963 complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, Bruxelles, 1965, p. 9.

¹²⁵ J-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, op. cit., p. 116.

Convention *princeps*. On trouvera également un intérêt certain à rappeler que cette même Convention a trouvé un homologue dans la Convention de Vienne adoptée sous les auspices de l'Agence pour l'énergie nucléaire et dont le régime est fondé sur les mêmes principes. Enfin, il devra être précisé que cette dualité de régime a conduit à l'adoption de solutions juridiques. En effet, alors que l'expérience malheureuse de l'accident de Tchernobyl a motivé les États à réviser les trois conventions suscitées, elle les a également conduits à jeter un pont entre les Conventions de Paris et de Vienne aux fins de l'instauration d'un régime conventionnel, sinon uniforme, à tout le moins unifié. Cette même volonté de créer un régime globalisé devait également avoir guidé l'adoption de la Convention sur la réparation complémentaire de 1997 visant ouvrir la porte aux États, qui sans être partie aux conventions suscitées, possédaient néanmoins des législations s'y conformant peu ou prou. Mais l'exposé détaillé de ces divers instruments, sur lesquels on aura l'occasion de revenir, n'a ici pas sa place¹²⁶. À ce stade de l'étude, il est plus important de comprendre l'originalité du système mis en place que sa concrétisation formelle.

Cette originalité tient à ce que, pour la première fois, une application systématique à toute une industrie de diverses notions déjà existantes dans certains droits internes ou conventions internationales a été faite et qu'elle a reçu une large consécration au niveau international¹²⁷. Sans « répudier le droit ancien »¹²⁸, ce régime a ainsi permis l'harmonisation de lois régissant un phénomène nouveau (le dommage nucléaire) dans le cadre classique d'un système antique (les lois relatives au dommage). On ne saurait nier qu'il a consisté pour partie à appliquer certains « vieux principes de justice à d'importants faits nouveaux » parce que les « idées vont et viennent, mais ce sont toujours les mêmes. Entre leurs diverses manifestations subsiste un monde qui a recours, pour régir des faits nouveaux, à la justice de toujours »¹²⁹. Toutefois, ces différents principes y ont été intégrés, perfectionnés et de nouveaux ont été ajoutés pour concourir à l'édification d'un régime unique, dont le but était de faire face au caractère exceptionnel du risque nucléaire, et qui en constitue le socle.

Parce que « la responsabilité objective a paru aux États [...] la seule solution rationnelle à l'anormalité du dommage nucléaire »¹³⁰ et la seule forme « adaptée aux dangers de l'énergie atomique »¹³¹, la responsabilité consacrée par le régime international devait ainsi apparaître comme une responsabilité *même sans faute* visant l'exploitant d'une installation nucléaire, et lui seul. En effet, la responsabilité de

¹²⁶ Sur la référence de ces instruments voy. *supra* note n° 11-14. Sur une présentation du processus d'adoption de ces instruments, par-delà celle que notre propos justifiera au sein de la thèse, voy. E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, *op. cit.*, p. 173 ; J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, pp. 338 et ss ou encore Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, pp. 27 et ss.

¹²⁷ Voy. J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, *op. cit.*, p. 116 et AEN, « La réparation du dommage nucléaire dans les pays membres de l'OCDE », *BDN*, vol. 20, 1977/2, p. 54 : « théorie du risque, limitation de la responsabilité, assurance obligatoire, intervention de l'État, autant de principes sur lesquels reposent la responsabilité civile et qui ne sont absolument pas nouveaux. L'originalité du régime de responsabilité civile nucléaire tient plutôt à ce que pour la première fois, une application systématique a été faite de ces diverses notions à l'ensemble d'une industrie et qu'il a reçu une large consécration au niveau international ».

¹²⁸ A.-S. MILLET, *L'invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, *op. cit.*, p. 553.

¹²⁹ J.-M. LÓPEZ-OLACIREGUI, « Responsabilité civile et droit nucléaire », *BDN*, vol. 5, 1970/1, pp. 36-37.

¹³⁰ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 107.

¹³¹ G. ERLER, « Rapport général » in *Droit nucléaire européen*, Paris, PUF, 1968, p. 135.

ce dernier est (dans le cadre conventionnel¹³²) une responsabilité exclusive reposant sur le principe de canalisation juridique strict. Il est d'ailleurs surprenant que l'on ait parfois pu attribuer la reconnaissance de ce principe au droit aérien¹³³. Alors que l'expression « responsabilité canalisée » serait en effet apparue pour la première fois lors des discussions sur la Convention de Paris, elle est surtout bien souvent reconnue comme une innovation véritable du régime de responsabilité civile nucléaire, et son « concept le plus singulier »¹³⁴, et comporte plusieurs corollaires stricts. La victime doit en effet adresser sa demande en réparation au seul exploitant (personne privée comme personne publique¹³⁵) si bien que toute autre personne se voit, sauf rare exception, à l'abri d'une action de la part de la victime et les possibilités de recours de l'exploitant contre les tiers sont très strictement encadrées. Par-delà ces questions relatives à la condition du fait générateur et à l'imputation de la responsabilité, le régime de responsabilité prévoit également plusieurs dispositions visant, en autres, à favoriser l'assurabilité du risque à raison d'une obligation pour l'exploitant de garantir sa responsabilité. Outre le principe de canalisation qui participe à cette mission, la responsabilité se trouve ainsi limitée dans son *quantum*, mais ne peut également être invoquée qu'à l'égard de certains dommages et durant une période strictement déterminée en raison de l'effet de la radioactivité dont le caractère insidieux nuit à la certitude des dommages susceptibles d'être causés à distance. Parce que cette assurance peut ne pas suffire à assurer une réparation aux victimes, les conventions organisent une intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire dont d'aucuns ont pu considérer qu'elle matérialisait une responsabilité internationale de l'État, mais « différée dans la mesure où elle n'intervient qu'au-delà de l'épuisement des primes d'assurances souscrites par l'exploitant qu'il avait désigné comme responsable "en première ligne" »¹³⁶. S'il nous est permis de douter de cette assertion¹³⁷, il reste qu'à défaut de s'occuper de la responsabilité *internationale* de l'État, les conventions devaient avoir réglé la responsabilité *internationale* de l'exploitant. Ces dernières contiennent plusieurs dispositions destinées à régler le pluralisme juridique dans l'intérêt des victimes comme de l'exploitant : toutes les victimes d'un même accident nucléaire sont ainsi soumises à la même loi et leur cause est entendue par l'oreille d'un seul juge¹³⁸. Ainsi, et sans qu'il soit besoin

¹³² Nous verrons *infra* que certains États ont dérogé à cette prescription dans leur droit national, outre les États-Unis ayant dès l'origine préféré la voie d'une canalisation économique.

¹³³ Voy. J.-M. RAINAUD, *Droit nucléaire*, *op. cit.*, p. 116 ou encore T. BALLARINO, « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », *op. cit.*, p. 332. À la lecture des textes des conventions suscitées, il ne nous semble d'ailleurs pas qu'une canalisation au sens du droit nucléaire y soit véritablement consacrée. Dans le cadre de la Convention de Varsovie, il a en sus été fait l'aveu rétrospectif d'une « canalisation incomplète » : voy. T. BALLARINO soulignant ainsi « [qu'] on s'est aperçu, à partir des années soixante, que d'autres facteurs et d'autres sujets pouvaient avoir un rôle décisif dans l'accident : ainsi le producteur (*product liability*) ou les contrôleurs du trafic aérien. La canalisation s'est donc avérée incomplète ».

¹³⁴ J. KNETSCH « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », *Horitsu Jiho*, vol. 88, 2016, p. 38 et T. GADKOWSKI, *International Liability of State for Nuclear Damage*, Delft, Eburon Publishers, 1989, p. 83 : « the most characteristic concept of nuclear law ».

¹³⁵ On retrouve donc ici la définition alternative de la responsabilité proposée par Jean SALMON vu *supra* note n° 48. Cette particularité n'était ainsi pas inédite puisqu'on la retrouvait également au sein du régime aérien. Elle se justifiait par des impératifs d'équilibre et surtout par le fait que « le droit public — plus exactement le droit administratif — n'existe pas à proprement parler dans un certain nombre d'États », le dualisme juridictionnel existant en France relevant de l'exception : voy. J.-M. PONTIER, « Le droit nucléaire, droit à penser », *op. cit.*, p. 1683 et J.-M. PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 193.

¹³⁶ Voy. P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 117 et rejoignant cette idée T. BALLARINO, « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », *op. cit.*, p. 332 et A.-S. MILLET, *L'invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, *op. cit.*, p. 334.

¹³⁷ Voy. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

¹³⁸ Nous verrons effectivement *infra* que cette centralisation du contentieux s'est trouvée autant guidée par des considérations victimistes que par la volonté de ne pas soumettre le contentieux à un traitement éclaté susceptible de faire perdre la maîtrise des sommes allouées.

d'entrer davantage dans le détail de ces prescriptions dont un exposé trop rigoureux préjugerait la teneur de la thèse, l'on pourra d'ores et déjà être convaincu que ce régime, bien qu'il ne soit pas inédit dans toutes ses composantes, n'en présente pas moins un caractère novateur. À l'image du droit nucléaire, il est effectivement un régime *servant, miroir et carrefour* empruntant, étendant, et adaptant des solutions issues de divers ordres juridiques, et de leurs branches respectives (principalement leur droit de la responsabilité)¹³⁹. Il n'a donc pas *totalemment* ébranlé les structures de tout ce qui est connu¹⁴⁰. Toutefois, cela ne saurait réfuter l'assertion selon laquelle « pas moins que jamais, avant l'achèvement du droit nucléaire, le lien entre la responsabilité et le moyen pratique d'y faire face, entre la réparation et le moyen de l'obtenir n'avait été établi de manière aussi systématique »¹⁴¹.

Cela étant admis, il faudra désormais en envisager les conséquences. En raison de sa singularité, le régime de responsabilité est considéré comme ayant permis, plus que toute autre technologie, la prise en compte du risque par le droit. Au-delà d'avoir pu constituer un « relai international » et un catalyseur de solutions en droit interne¹⁴², il est effectivement réputé constituer un « modèle avancé »¹⁴³ pour bien d'autres industries. Chaque médaille a toutefois son revers, et si nombre de secteurs ont profité de l'avancée qu'a constitué le régime de responsabilité civile nucléaire, ce dernier a également contribué à renforcer l'émergence de l'une des tendances les plus régressives du droit contemporain. S'inscrivant dans une logique de spécialisation du droit, il a fait de son objet – *le risque nucléaire* – une condition exclusive de son application dont les conséquences seront, sans évolution opportune, subies par les victimes du risque nucléaire de fusion.

B. L'exclusivité du régime international de responsabilité civile nucléaire

18. Une exclusivité affirmée du régime de responsabilité civile nucléaire. Nous évoquions quelques pages auparavant, la surprenante propension des juristes concernés par la question de la réparation du dommage causé par le risque nucléaire de fusion à avoir systématiquement envisagé l'application du régime de responsabilité civile nucléaire. Après avoir exposé la singularité dudit régime comme composante d'un droit nucléaire dont l'autonomie se trouve revendiquée, cette orientation pourrait ne plus surprendre. Il est en effet cette capacité de l'individu d'établir des liens entre les phénomènes nouveaux et les faits anciens de telle sorte que « sous forme soit d'une analogie, soit d'une opposition, de manière que, si le phénomène nouveau est analogue à un fait déjà connu, la règle qui sera applicable en l'occurrence, dans le domaine du droit, soit la même que celle appliquée au fait analogue déjà connu »¹⁴⁴. Parce que c'est un risque nucléaire, la fusion nucléaire serait donc l'apanage du régime

¹³⁹ Pour reprendre les mots de Henry PUGET, cités *supra* note n° 91.

¹⁴⁰ Rapprochez J. M. LÓPEZ-OLACIREGUI, « Responsabilité civile et droit nucléaire », *op. cit.*, p. 32 qui soulignait ainsi que « la question se pose de savoir si le dommage nucléaire constitue réellement un phénomène nouveau qui ébranle les structures de tout ce qui est connu » et considérait que « la réponse est extrêmement délicate et je ne saurais la donner [...] je me contente de signaler ce fait en passant et souhaiterai simplement répéter qu'il est très difficile, sinon impossible, de rencontrer un phénomène totalement nouveau ».

¹⁴¹ J. HÉBERT, « Nucléaire, responsabilité civile », *JCL Civil*, fasc. 425-1, 1986, p. 30.

¹⁴² G. ERLER, « Rapport général », *op. cit.*, p. 135 soulignant que les conventions ont ainsi « pris en main et accéléré un processus qui serait parvenu au même résultat dans la conclusion d'un traité international », car la logique des faits aurait dû les conduire à adopter, à tout le moins, des règles de responsabilité *même sans faute*.

¹⁴³ J.-M. RAINAUD, *Droit nucléaire*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴⁴ J. M. LÓPEZ-OLACIREGUI, « Responsabilité civile et droit nucléaire », *op. cit.*, p. 32 et rapprochez F. ROUVIÈRE, « Traiter des cas semblables de façon identique : un aspect de la méthodologie de l'idée de justice », *Jurisprudence, Revue critique*, 2012, pp. 89-100.

de responsabilité civile institué spécifiquement pour ce risque. Elle commanderait que le régime soit formellement adapté pour en réceptionner les dommages. Le problème devrait néanmoins se penser autrement. En effet, les activités de fusion nucléaire devraient avant tout poser la question de la rupture que suscite la spécificité de leur risque dans le champ de la réflexion juridique. Dans le cas contraire, l'application du régime de responsabilité civile nucléaire au risque nucléaire de fusion relèverait clairement de la démagogie¹⁴⁵. On ne saurait, pour autant, trop strictement condamner la démarche entreprise, car la singularité du régime de responsabilité civile nucléaire a également servi son exclusivité et, partant, l'exclusion du risque nucléaire de tous les autres régimes destinés à réceptionner les dommages causés par l'évolution technologique. Toute société en mutation étant inéluctablement confrontée à une multiplication de ses textes normatifs, le développement d'activités technologiques et industrielles à la fois dangereuses et nécessaires a constitué, à tous les niveaux, un cadre propice à la multiplication de régimes spéciaux entraînant une « densification normative » importante¹⁴⁶. Fruit d'une approche casuistique auquel le régime de responsabilité civile nucléaire a contribué sans qu'on puisse totalement lui imputer, ce corpus normatif participerait en effet à assoir aujourd'hui l'exclusivité dudit régime pour réceptionner les dommages résultant des activités de fusion.

19. Une exclusivité imposée du régime de responsabilité civile nucléaire. En droit civil français, le constat est ainsi bien connu selon lequel la multiplication de régimes institués pour régir des situations spécifiques a eu pour conséquence de favoriser une dispersion du droit de la responsabilité en sus d'en avoir obéré les contours. Face au désordre, les auteurs évoquent ainsi un droit de la responsabilité de nature civile « bouffi et déformé »¹⁴⁷, « malade »¹⁴⁸, « en miettes »¹⁴⁹, un droit « complexifié »¹⁵⁰ confinant à l'incohérence¹⁵¹ et à l'incomplétude¹⁵². Essentiellement casuistique, le droit de la responsabilité civile est ainsi devenu un *imbroglio* de régimes spéciaux ne visant qu'à régir les situations spécifiques pour lesquels ils ont été établis sans se suffire et sans suffire à ce droit. Il faut toutefois se défier de considérer que le phénomène est propre au droit civil français. Le problème y apparaît assurément prégnant parce que ce droit constituera le droit principalement étudié pour ce qui concerne la dimension interniste de notre propos¹⁵³. Le constat est toutefois partagé pour ce qui

¹⁴⁵ Voy. en ce sens P. STROHL, « Réalités et perspectives de l'harmonisation des législations nucléaires – le point de vue d'une organisation régionale/internationale » in N. PELZER (dir.), *Status, prospects and possibilities of international harmonization in the field of nuclear energy law*, Vienne, Éditions AIEA, 1986, pp. 581-595 qui relevait ainsi, certes à l'égard du droit commun, mais également valable pour notre situation, que « la recherche de solutions systématiquement meilleures que celles du droit commun sur des aspects qui ne sont pas liés à une caractéristique spécifique des activités nucléaires, tout simplement "parce que c'est nucléaire", relève du perfectionnisme ou de la démagogie ».

¹⁴⁶ Voy. F. DOURNAUX, « La densification normative, processus d'évolution du droit » in C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative*, Paris, Mare&Martin, 2013, p. 200 pour qui cette densification normative s'expliquerait par « la multiplication des demandes normatives [...] rendue nécessaire par l'innovation technologique, la complexité croissante et l'internationalisation des sociétés modernes et des économies ».

¹⁴⁷ F. CHABAS, « L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité civile », *Risques*, vol. 14, 1993, p. 84 soulignant ainsi que « tels les diplotocus qui se sont éteints pour être trop gros, le droit de la responsabilité civile n'a plus de ligne. Sa charpente ne peut plus le soutenir ».

¹⁴⁸ P. BRUN, « Rapport introductif » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : bilan prospectif*, RCA, Hors-série, 2001, pp. 4 et ss.

¹⁴⁹ A. TUNC, « Le droit en miettes », *APD*, vol. 22, 1977, pp. 31 et ss.

¹⁵⁰ R. SAVATIER, *Traité de droit de la responsabilité civile en droit français* (1939), t.1, rééd. Paris, LGDJ, 2016, n° 302 : « actuellement, l'édifice oppresse, principalement par le poids de ses complications. Les constructions successives et enchevêtrées d'institutions mouvantes, qui s'articulent mal les unes avec les autres, font apparaître autour de la victime d'un accident, une cohue désordonnée de débiteurs de réparation à travers lequel il devient difficile de voir clair et de s'orienter ».

¹⁵¹ G. VINEY, « Rapport de synthèse » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, op. cit., p. 82.

¹⁵² Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006, p. 183 ; F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : bilan prospectif*, op. cit., p. 53.

¹⁵³ Cette position sera justifiée à un stade ultérieur de l'introduction et devra, jusque-là, tenir lieu de postulat.

concerne le droit de la responsabilité administrative et à l'égard duquel cet accord d'opinion n'a rien de surprenant : la responsabilité privée et la responsabilité publique répondent « aux mêmes problèmes » et « partagent des destins croisés »¹⁵⁴. Surtout, il n'épargne pas le droit international¹⁵⁵. La spécialisation s'étant opérée à tous les niveaux, le principal y reste valable. En sus de comporter « des imprécisions, des lacunes, des failles, des imperfections » qui les « empêchent de régir intégralement ou efficacement les situations qui entrent dans leurs champs d'application »¹⁵⁶, ces normes de droits particuliers qui « prétendent s'ériger en d'innombrables micro-systèmes autonomes les uns à l'égard des autres dépourvus de la contrainte d'obéir à une rationalité globale n'ont pas apporté de réponse unifiée à la problématique holistique de l'exposition de la société à l'exploitation d'activité à risque »¹⁵⁷.

Des difficultés surgissent ainsi lorsque des activités à l'instar des activités de fusion nucléaire tombent dans l'angle mort de ces régimes. Parce qu'elles répondent à des spécificités justifiant leur exclusion – *un risque nucléaire* – sans revêtir les caractéristiques justifiant leur inclusion – *un risque nucléaire de fission* – les activités de fusion apportent aujourd'hui la démonstration d'une appréhension discontinue du risque technologique (1.) obligeant à l'application résiduelle de solution juridiques insuffisantes (2.).

1. Un étiolement juridique conduisant à l'exclusion du risque nucléaire de fusion

20. Un étiolement résultant d'une pluralité de facteurs et de vecteurs. Comme le souligne Yvonne LAMBERT-FAIVRE,

« dans tous les pays, il y a des victimes plus favorisées que d'autres, une véritable casuistique législative s'étant créée au gré de législations soucieuses de refléter la sensibilité collective : lorsque l'industrialisation et la mécanisation font des ravages dans la population ouvrière, voici le temps des législations spécifiques sur l'indemnisation des accidents du travail ; lorsque l'automobile devient une redoutable divinité vorace en sacrifices humains, voici les législations sur l'indemnisation des accidents de la circulation [...] ; lorsqu'apparaît l'évidence des risques de

¹⁵⁴ D. LOCHAK, « « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative » in *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, sp. p. 276 ; C. GUETTIER, « Responsabilité administrative et responsabilité civile : destins croisés » in *La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle, bilan prospectif*, op. cit., pp. 30-41. Constatamment comparées, les responsabilités administrative et civile extracontractuelles font figure d'homologue en droit public et en droit privé. En effet, si avec l'arrêt *Blanco*, il fut rapidement acquis que la responsabilité de l'État ne pouvait être qu'une responsabilité exorbitante du droit commun, il n'en est pas moins resté que les deux types de responsabilités ont de tout temps partagé des fonctions communes, parmi lesquelles celle de réparer le dommage est apparue comme la plus prégnante. Cette unité fonctionnelle a alors agi, en dépit de cette autonomie, comme une force centripète tendant à les rapprocher. Par conséquent, les difficultés rencontrées par les deux types de responsabilité ont été peu ou prou similaires. En effet, comme pour la responsabilité civile, relever que la responsabilité administrative est en crise est devenu « hélas banal » (T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, op. cit., p 3). Comme pour le privatiste, ce thème résonne, pour le publiciste, depuis plusieurs années comme une fatalité. Intimement lié à l'expansion de la technologie et à l'essor de la « socialisation du risque », la responsabilité administrative a en effet souffert peu ou prou des mêmes évolutions que la responsabilité civile et subi « un effet mosaïque » ayant créé une « une perte sensible de lisibilité et d'intelligibilité » de ce droit (D. TRUCHET, *Droit administratif*, 8ème édition, Paris, PUF, 2019, pp. 468, 475). Plus encore, la transformation de la matière ayant conduit, nous le verrons, à une transformation de la responsabilité, elle a connu l'émergence de mécanismes qui ne s'apparentent ni à l'une ni à l'autre responsabilité en témoigne l'étude transversale de J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., sp. p. 10. Outre les auteurs cités, voy. B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, 490 p. ; J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, Paris, Mare & Martin, 2013, 892 p. ou encore M. G. AHLIDJA, *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif français*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de l'Université de Poitiers, 2018, 514 p. ou encore CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Études et document n° 56, Paris, La Documentation française, 2005, 400 p.

¹⁵⁵ Voy. généralement CDI, « Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI », *ACDI*, 2006, vol II (2).

¹⁵⁶ D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux » in G. PIGNARRE (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 81.

¹⁵⁷ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 324.

masses présentés par les produits viciés, voici les textes sur la responsabilité des fabricants du fait des produits ; lorsqu'émergent les risques catastrophiques générés par la pollution chimique ou nucléaire, voici les temps des conventions et des lois sur les responsabilités encourues ; et lorsque le scandale de la contamination post-transfusionnelle par le virus du sida éclate, voici des fonds d'indemnisation hâtivement mis en place dans certains pays... *Ainsi va l'émotion collective, et au coup par coup, les conventions internationales et les lois nationales tissent un habit d'arlequin de la responsabilité civile [...]. Des lois circonstancielles qui ne sont que des réponses politiques, à des émotions collectives, ont perdu le fil directeur d'un droit fait pour la totalité de l'homme* »¹⁵⁸.

Assurément, la prolifération normative a donc été le fait du législateur national. L'émetteur de droit international n'est cependant pas moins impliqué dans l'émergence de cette prolifération normative, et par certains aspects, il en a même constitué un vecteur. Cependant, que l'on s'inscrive dans le cadre du droit interne ou du droit international et que l'on s'attache à y chercher les modalités ou les causes, la conséquence de cette prolifération reste la même : en droit international (a.) comme dans le droit interne (b.), cette prolifération conduit aujourd'hui à une exclusion du risque nucléaire de fusion des textes destinés à réceptionner les dommages résultant du risque technologique.

a. *L'exclusion du risque de fusion dans les textes de droit international*

21. Une sectorisation justifiée par une volonté d'unification et d'harmonisation des droits internes.

Longtemps l'apanage des sociétés nationales, le droit visant l'organisation de la réparation des dommages résultant du risque technologique moderne trouve désormais sa source dans le droit international et européen¹⁵⁹. Résultat d'un mouvement d'unification et d'harmonisation des droits internes dans ce domaine, ce dernier est apparu sous l'influence de plusieurs facteurs tenant tant à une modification du droit par la mondialisation¹⁶⁰ qu'à une internationalisation croissante de la doctrine¹⁶¹. Mais il s'est surtout trouvé impulsé par le développement exponentiel des nouvelles technologies, qui en sus de provoquer une interaction de divers acteurs à l'échelle mondiale, devait conduire tout un chacun à vivre sous « la menace des accidents ou des catastrophes engendrées par

¹⁵⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthode d'indemnisation », in *Responsabilité et Assurance, Mélanges R.-O Dalcq, Larcier, Bruxelles, 1994*, p. 352

¹⁵⁹ Voy. M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes du droit de la responsabilité et le renouveau du droit de la responsabilité*, thèse, Le Mans, 2001, sp. pp. 540 et ss.

¹⁶⁰ La mondialisation a effectivement modifié le droit et l'objet du droit international, car la transversalité renforcée de certaines problématiques mondiales comme l'économie, l'environnement ou encore le respect des droits de l'homme et le développement des droits sociaux ont encouragé une harmonisation des droits internes. Conséquence du « souhait permanent de l'humanité vers plus de mobilité et vers le dépassement des frontières », ce phénomène s'est ainsi traduit « par la quête d'universalisme, qui prend souvent la forme de l'unification du droit » : B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un universalisme renouvelé : quelles en sont les manifestations en droit ? », *Diogène*, vol. 219, 2007, p. 68 et dans le même sens M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, pp. 36 et ss.

¹⁶¹ Conséquence de ce premier facteur, le mouvement de concentration et d'unification du droit a également été encouragé par une doctrine qui s'est internationalisée. L'ubiquité du droit dans la société mondialisée a fait apparaître sa codification et son harmonisation comme un élément fédérateur. Aussi, alors qu'elle était longtemps l'attribut de l'État, un processus de codification et de développement du droit a commencé à s'opérer sur le plan international, parmi lesquels les travaux menés par la Commission du droit international, par l'AIEA ou encore l'OCDE constituent un exemple certain sur lequel il nous sera d'ailleurs donné de revenir au sein de notre propos. Parallèlement à la doctrine institutionnelle, l'élaboration d'un droit organisé a également été l'objet de travaux d'initiative privée, telle que les travaux menés en droit international public par l'Institut de droit international ou en droit privé, par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), et même en droit international public et privé si l'on s'en réfère à certains travaux menés par le Centre d'étude et de recherche de l'Académie de droit international de La Haye. Au niveau européen, ce mouvement a été d'autant plus encouragé par le mouvement d'intégration de l'Union européenne ; en guise d'exemple, on pourra s'en référer aux travaux conduits par l'*European Group of Tort Law* sur lesquels on reviendra également. Ainsi, plusieurs facteurs ont concouru à l'émergence d'un phénomène sinon d'uniformisation, du moins d'harmonisation des droits internes : voy. sur ce constat C. MOULY, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, 38-2, pp. 351-368 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un universalisme renouvelé : quelles en sont les manifestations en droit ? », *op. cit.*, p. 77 et L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 229 et ss.

l'industrie des peuples qui l'entourent »¹⁶². Comme le présageait Robert-Édouard CHARLIER quand il affirmait que le problème nucléaire allait « enrichir toutes les disciplines » parce que « ses discussions juridiques [étaient] celles de tout le Droit contemporain »¹⁶³, on attribue généralement au régime de responsabilité civile nucléaire d'avoir constitué le moteur d'une telle évolution¹⁶⁴. Pour autant, l'émergence de ce *jus gentium*¹⁶⁵ avait déjà été mise en lumière par JOSSERAND quand il évoquait à cet endroit l'existence d'un « droit de classe » en passe de devenir « un droit international, plus exactement un droit mondial ». L'auteur en avait ainsi déjà identifié les conséquences quand il dévoilait l'existence de cette logique juridique

« qui trouve son centre de gravité, son point d'application, non plus à l'intérieur de chaque pays et pour toutes disciplines juridiques, mais bien pour chacune de ces disciplines et sur le droit le théâtre mondial. Elle se trouve déportée du plan national sur le plan international. À la pluralité des droits communs nationaux tend à se substituer des droits de classes internationaux »¹⁶⁶.

Ce mouvement d'unification et d'harmonisation des droits internes a en effet contribué à l'apparition « paradoxale » d'une sectorisation du droit international¹⁶⁷. Cette sectorisation devait conduire à une double conséquence : celle de l'exclusion quasi systématique du risque nucléaire de tout instrument de droit international visant la réception des dommages causés par la réalisation du risque technologique autre que le régime de responsabilité civile nucléaire et, par conséquent, celle, corrélative, du risque nucléaire de fusion.

22. Une sectorisation provoquant une exclusion corrélative du risque nucléaire de fusion. Il n'est certainement pas surprenant que certains instruments, institués dans le dessein de la réception d'un risque spécifique, revêtent cette caractéristique : nul ne songerait à appliquer le régime relatif à la pollution par hydrocarbures ou aux dommages causés par la chute d'engins extra-atmosphérique aux dommages résultant d'une activité de fusion nucléaire. Parmi cette masse de régimes et d'instruments, il en existe cependant dont l'applicabilité ou l'inapplicabilité à la fusion nucléaire n'aurait pas dû emporter de réponse aussi prompte. Mais parce qu'un droit en miettes oublie toujours certaines catégories, l'exclusion du seul risque nucléaire au sein de ces instruments devrait corrélativement conduire à exclure celui de la fusion nucléaire. Sur le plan du droit international général, tel aurait,

¹⁶² P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., p. 7.

¹⁶³ R-E. CHARLIER, « Questions juridiques soulevées par l'évolution de la science atomique », op. cit., pp. 221 – 222 : « a besoin du concours de toutes les disciplines [mais] à son tour va les enrichir toutes [...] ses discussions juridiques sont celles de tout le Droit contemporain [...] ce que le problème atomique a en propre, ce sont des dimensions et une vitesse : il provoque une accélération de l'évolution générale du Droit dans son ensemble, et notamment du Droit international (car le Droit est un) ».

¹⁶⁴ Voy. J-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, op. cit., p. 121. Il est vrai qu'en matière de pollution maritime, les Conventions sur la pollution par hydrocarbure ont également institué un système de responsabilité *même sans faute*, canalisée, dans des limites au-delà desquelles intervient un fonds financé par les exploitants. Dans une certaine mesure, la Convention internationale pour les dommages causés par les engins spatiaux montre également une inspiration identique.

¹⁶⁵ L'expression *jus gentium* (droit des gens) désignait en droit romain une des trois sources du droit privé avec le droit naturel et le droit civil. L'expression était ainsi généralement utilisée pour couvrir le droit commun aux citoyens romains et aux hommes des autres nations. Ce n'est qu'à partir du XVII^e siècle que l'expression prend le sens de droit entre les nations et s'identifie avec ce que l'on appelle aujourd'hui le droit international public : voy. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., s.v. « Droit des gens » et sur l'émergence de *jus gentium* P. DAILLIER, « Monisme et dualisme : un débat dépassé » in B. ACHOUR et S. LAGHAMI (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, pp. 9-21.

¹⁶⁶ L. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D.*, 1947, pp. 3 et ss.

¹⁶⁷ Voy. CDI, « Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI », op. cit., sp. p. 11 soulignant ainsi le « [p]aradoxe bien connu de la normalisation, alors qu'elle s'est traduite par une uniformisation croissante de la vie sociale à travers le monde, elle a aussi entraîné une diversification croissante, c'est-à-dire l'émergence de domaines d'action sociale et de structures spécialisées et relativement autonomes ».

pour exemple, été le cas du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accident industriel sur les eaux transfrontières¹⁶⁸. Bien qu'il ne soit pas entré en vigueur, ce texte destiné à établir « un régime complet de responsabilité et d'indemnisation adéquate et rapide en cas de dommage causés par les effets transfrontières des accidents industriels sur les eaux transfrontières »¹⁶⁹ aurait exclu le risque nucléaire de fusion. Silencieux sur la question du risque nucléaire, ce protocole se serait en effet appliqué aux accidents industriels résultant d'une activité dangereuse en raison de la mobilisation de substances dangereuses que le texte ne définissait que de manière sommaire¹⁷⁰. Néanmoins, son champ d'application renvoyait également pour partie à celui de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels¹⁷¹ qu'il avait pour mission d'enrichir¹⁷². Or cette dernière excluait son application « aux accidents nucléaires » et « aux situations d'urgence radiologiques »¹⁷³. Dès lors, l'application de ce texte à la fusion aurait imposé de déterminer la mesure dans laquelle ce silence aurait impliqué une interprétation opérée à la lumière de sa Convention mère¹⁷⁴. Le cas échéant, la question aurait dû se poser du sens à conférer à l'exclusion opérée par cette dernière dès lors qu'aucune définition de « [l']accident nucléaire » ou de « la situation d'urgence radiologique » n'était posée par le texte¹⁷⁵. Certes, la question demeure *de lege lata* de peu d'intérêt puisque le texte n'est pas entré en vigueur et que, quoiqu'il en soit, le champ d'application du régime institué s'avérait trop limité à raison d'une focalisation sur dommage résultant d'une pollution des eaux transfrontière¹⁷⁶. Il témoigne néanmoins de la complexification croissante faisant apparaître, autour de la victime, un labyrinthe de texte à travers lequel il est de plus en plus difficile de voir clair. Il en va d'ailleurs de même sur le plan européen. L'exemple de la directive sur la responsabilité environnementale organisant une responsabilité « hybride »¹⁷⁷ des exploitants de certaines installations polluantes conduit au même constat¹⁷⁸.

¹⁶⁸ Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels, signée à Kiev le 21 mai 2003, non entré en vigueur, non référencé au RTNU

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 1.

¹⁷⁰ *Ibid.*, art. 2.2.f).

¹⁷¹ Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, signée à Helsinki le 17 mars 1992, entrée en vigueur le 19 avril 2000, RTNU, vol. 2105, p. 457.

¹⁷² Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels, *op. cit.*, art. 2.1).

¹⁷³ Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, *op. cit.*, art. 2, art. 2.

¹⁷⁴ Sur les méthodes d'interprétation en droit international, voy. Partie I, Titre I, Chapitre 2.

¹⁷⁵ En ne précisant pas ce que constitue « un accident nucléaire » et « une situation d'urgence radiologique », la question aurait en effet pu se poser de savoir si cette situation pouvait inclure ou non l'hypothèse d'un accident de fusion lorsqu'il n'est pas certain qu'ils revêtent cette qualité au sens du droit international, c'est-à-dire suivant une approche systémique (voy. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre 2). Or, la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique adoptée dans le cadre de l'AIEA ne pose pas de définition de ces termes. Quant à la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire également adoptée dans ce cadre, elle n'est pas plus précise utilisant pour l'accident de nombreux termes (combustible nucléaire, déchets radioactifs etc.) sans les définir. Sur ce point, les définitions les plus précises se retrouvent donc dans les instruments concrétisant le régime de responsabilité civile nucléaire dont les définitions excluent le risque nucléaire de fusion comme il le sera vu *infra* Partie I, Chapitre préliminaire. Cependant, cela ne saurait signifier que le risque nucléaire serait formellement exclu, comme on pourra le voir à l'endroit d'une situation quelque peu similaire rencontrée *infra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2.

¹⁷⁶ Or un dommage résultant de la réalisation du risque de fusion ne revêtirait pas nécessairement ces caractéristiques.

¹⁷⁷ C. QUEZEL — AMBRUNAZ, « L'exemple d'un modèle de responsabilité hybride : la responsabilité environnementale », R.C.A., 2012, dossier 12.

¹⁷⁸ Directive 2004/35/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOCE, L 143, 30 avril 2004, pp. 56-75.

Adoptée dans le cadre du droit de l'Union européenne bien connu pour être un droit d'harmonisation poussée¹⁷⁹ et « un droit de “réglementations” où le spécial est préféré au général »¹⁸⁰, cette directive pourrait, de prime abord, ne pas intéresser le propos : ne concernant que la réparation des dommages environnementaux *stricto sensu*, elle ne crée aucun droit d'action au profit des particuliers susceptibles de subir personnellement les conséquences dommageables de la poursuite de certaines activités génératrices de risque¹⁸¹. Elle constitue néanmoins un remarquable second témoignage de l'exclusion du risque nucléaire de fusion à raison d'une complexification croissante de la matière juridique. Aux termes de son article 4§4, cette directive ne s'applique effectivement pas aux dommages nucléaires emportant l'application des conventions formant le régime international de responsabilité civile nucléaire, mais également aux « activités relevant du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique ». La formule est alors ambiguë et n'autorise pas à conclure directement à l'exclusion de la fusion. Il est, d'une part, bien admis que les relations entre le Traité Euratom et le droit général de l'Union sur les questions environnementales sont effectivement complexes¹⁸². D'autre part, si d'aucuns ont pu considérer que

« environmental nuclear liability falls under the remit of the Euratom Treaty rather than of the TFEU for the reasons that nuclear liability and not environmental protection is the dominant objective that application of the TFEU could create controversial consequences to the field of

¹⁷⁹ Même lorsque l'harmonisation des droits internes européens passe par l'adoption de directives, le constat semble aujourd'hui partagé selon lequel ces dernières étant de plus en plus précises, elles laissent peu de marge de manœuvre au législateur interne dont la fonction se résume à faire une application du texte européen.

¹⁸⁰ L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse, Chambéry, 2006, p. 362 faisant référence à B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen » in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 311-319.

¹⁸¹ Sur cette directive voy. E. TRUILHÉ-MARENGO, *Droit de l'environnement européen*, Paris, Larcier, 2015, pp. 236 et ss ; P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement*, 3 éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 839 et ss ; J-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, 5^{ème} éd., Paris, Pedone, 2017, pp. 579 et ss ; M. PRIEUR (dir.), *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2019, pp. 1290 et ss ; C. COSTA DE OLIVEIRA, *La réparation des dommages environnementaux en droit international*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2012, pp. 145 et ss ou encore les diverses contributions sur cette directive contenues in C. CANS (dir.), *La responsabilité environnementale*, Paris, Dalloz, 2009, 448 p.

¹⁸² En vertu de l'article 106 bis §3 du Traité Euratom dans sa version consolidée (*Version consolidée du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique*, JOUE, C. 203, 7 juin 2016, pp. 1-112), ce dernier constitue une *lex specialis* qui déroge aux dispositions, plus générales, du TUE et du TFUE. En cas de contradiction, le Traité Euratom s'applique donc de façon autonome. Cela emporte dès lors plusieurs conséquences en droit de l'Union européenne. Bien qu'aux termes de l'article 2 du Traité Euratom, la compétence de celui-ci est exclusive sur les missions attachées « à la formation et à la croissance rapide des industries nucléaires », la protection de l'environnement ne relevait initialement pas de ces missions. Elle a été reconnue comme compétence du Traité Euratom à l'occasion de l'arrêt *Land de Sarre* sur le fondement de l'article 37 dudit Traité. Or, la reconnaissance de cette compétence a posé le problème quant à sa répartition entre le traité Euratom et le TFUE, et quant à l'origine du droit dérivé correspondant. En effet, en l'absence de compétence du traité Euratom en matière de protection de l'environnement, il faudrait logiquement rechercher les directives traitant de la protection de l'environnement dans le cadre du nucléaire parmi les directives « CE », c'est-à-dire celle basée sur les compétences du TFUE, comme cela est le cas de la directive 2004/35/CE. Néanmoins, la solution n'est pas simple et l'affaire *Temelin* en a constitué un exemple probant. Dans cette affaire, la CJCE avait considéré que le traité Euratom comme le droit dérivé correspondant en matière de sûreté nucléaire s'avérait suffisant à assurer cette mission et avait refusé de tenir compte des arguments relatifs à la protection environnementale basés sur le traité CE (TFUE). Or une telle décision s'avérait en contradiction avec la jurisprudence antérieure de la Cour laquelle avait considéré que le régime Euratom établissait un cadre minimum qui n'empêcherait pas les États membres de fournir une protection plus étendue. Dans ce contexte, l'affaire *Temelin* soulevait d'ores et déjà certaines inquiétudes quant à la mise en balance des intérêts et des obligations découlant du traité CE (TFUE), d'une part, et du traité Euratom, de l'autre. En l'absence de compétence complète du traité Euratom sur la question environnementale, et en présence d'une division peu claire de la relation entretenue entre les deux traités, il existe en effet un risque d'incohérence et de lacune : voy. sur cette question M. MONTJOIE, « Les relations entre le Traité Euratom et le TFUE en matière de protection de l'environnement », *Revue de l'Union européenne*, 2012, n° 471, pp. 473 et ss ; T. HELDT, *An European Legal Framework for Nuclear Liability*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 86 et ss ou encore R. PTASEKAITE, *The Euratom Treaty v. Treaties of the European Union : limits of competence and interaction*, Swedish Radiation Safety Authority, 2011 : 32, 2011, 109 p. et pour la jurisprudence pertinente ; CJCE, 22 septembre 1988, *Land de Sarre et autres contre Ministre de l'Industrie*, aff. 187/87, *Rec. CJCE*, p. 05013 ; CJCE, 2 mai 1996, *Hopkins and others v. National Power plc and Powergen plc.*, C-19/94, *Rec. CJCE*, p. I-02281 ; CJCE, 10 décembre 2002, *Commission c/ Conseil*, C-29/99, *Rec. CJCE*, p. I-11221 et CJCE, 27 octobre 2009, *Land Oberösterreich vs ČEZ*, C-115/08, *Rec. CJCE*, p. I-10265.

nuclear liability and the Euratom Treaty should be considered as *lex generalis* in relation with environmental nuclear liability »¹⁸³,

l'argument est susceptible d'être relativisé¹⁸⁴. D'abord, ces mots replacés dans leur contexte envisagent le régime international de responsabilité civile nucléaire duquel sont exclues les activités de fusion. Ensuite, ce régime ne constitue en aucun cas un acquis communautaire¹⁸⁵. Enfin, la question ne fait l'objet d'aucune réglementation dans le droit d'Euratom, et les seules interventions de l'Union européenne en ce domaine ont tenu à sa compétence en matière de coopération judiciaire¹⁸⁶. Cela étant, et sans que l'on ait à concéder que les activités de fusion puissent relever du Traité Euratom¹⁸⁷, la construction du texte de la directive suffit en lui-même à limiter son application à l'endroit du risque nucléaire de fusion. En effet, le régime de responsabilité *même sans faute* établi par la directive 2004/35/CE renvoie à un certain nombre de directives excluant le risque radioactif¹⁸⁸. De ce fait, la directive prévoyant deux régimes de responsabilité, seul le second régime plus restrictif dans son objet et fondé sur la faute pourrait éventuellement trouver application aux dommages résultant du risque nucléaire de fusion, ce qui tend d'autant plus à en réduire l'intérêt¹⁸⁹.

Suivant cette conclusion, l'on ne pourrait ainsi que regretter la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (« Convention de Lugano »)¹⁹⁰

¹⁸³ Commission européenne, « Commission staff working document - Refit Evaluation of the Environmental Liability Directive accompanying report from the Commission to the European Parliament and to the Council pursuant to Article 18(2) of Directive 2004/35/EC on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage », SWD/2016/01221, 2016, p. 55.

¹⁸⁴ Cette exclusion avait été relativement critiquée et la question de l'introduction de ce risque en son sein a pu faire l'objet de réexamen : voy. P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement*, op. cit., p. 846 et Directive 2004/35/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004, op. cit., art. 18, § 2.

¹⁸⁵ Voy. en ce sens J. HANDRLICA, « Harmonisation de la responsabilité civile nucléaire au sein de l'Union européenne : Défis, options et limites », *BDN*, vol. 84, 2009/2, pp. 37-69 et rapprochez J. KNETSCH, « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », *Horitsu Jiho*, vol. 88, 2016, pp. 58-63.

¹⁸⁶ L'Union européenne ayant exercée sa compétence pour unifier les règles de droit international privé dans la matière civile et commerciale par le biais de règlements européens sur lesquels nous reviendrons au sein de notre étude, cela a privé les États membres de la faculté d'adopter des conventions internationales dérogeant aux dispositions de ce règlement. Cela a ainsi posé difficulté lors de l'adoption du Protocole de 2004 à la Convention de Paris, puisque le régime de responsabilité civile nucléaire prévoit des règles dérogeant au droit de l'Union. Cela explique d'ailleurs que le Protocole de 2004 à la Convention de Paris ne soit entré en vigueur qu'en 2022, car l'Union a imposé, en raison des dérogations contenues dans le texte, que les États déposent simultanément leurs instruments de ratification. Or 12 des 15 États parties à la Convention de Paris sont membres de l'Union européenne, ce qui abaissait le seuil suffisant pour que l'instrument entre en vigueur : voy. *Décision du Conseil 8 mars 2004 autorisant les États membres qui sont parties contractantes à la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire à ratifier, dans l'intérêt de la Communauté européenne, le protocole portant modification de ladite convention, ou à y adhérer*, 2004/294/CE, JO L097, 8 mars 2004, pp. 53-54 et, pour le Protocole d'amendement à la Convention de Vienne : *Décision du Conseil du 15 juillet 2013 autorisant certains États membres à ratifier le protocole d'amendement de la convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, ou à y adhérer, dans l'intérêt de l'Union européenne, et à faire une déclaration relative à l'application des dispositions internes pertinentes du droit de l'Union*, 2013/434/UE, JO L 220, 17 août 2013, pp. 1-2.

¹⁸⁷ On pourra concéder, en effet, qu'Euratom est partie contractante du traité établissant l'organisation internationale ITER et surtout que le développement de la fusion entre dans le cadre des activités d'Euratom : *Version consolidée du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique*, op. cit., art. 4 et Annexe I.

¹⁸⁸ Il en va du moins de la plupart des textes cités à l'Annexe III visant à déterminer les activités auxquelles s'applique ce régime de responsabilité établi par la directive. Pour exemple, la directive vise les installations soumises à un permis en vertu de la directive 96/61/CE abrogée par la directive 2010/75/UE relative aux émissions industrielles. Or cette dernière exclue de son champ d'application les activités impliquant l'utilisation de substances radioactives telles que définies par la directive à 96/29/Euratom devenue la Directive 2013/59/Euratom du 5 décembre 2013 qui définit lesdites substances comme « toute substance contenant un ou plusieurs radionucléides dont l'activité ou la concentration d'activité ne peut être négligée du point de vue de la radioprotection », ce qui serait susceptible d'inclure le tritium utilisée sur les installations de fusion. De même les déchets radioactifs sont exclus du champ d'application de la directive 2008/98/CE relative aux déchets auquel la directive 2004/35/CE renvoie également.

¹⁸⁹ Le premier régime conserve une responsabilité *même sans faute* de l'exploitant, mais s'applique seulement à certaines activités professionnelles énumérées dans l'Annexe III du texte. Cela concerne *grosso modo* les installations utilisant des substances dangereuses, les activités ayant trait à la gestion des déchets et organismes génétiquement modifiés. Le second régime maintient le concept de la faute pour toutes les activités non énumérées à l'Annexe III et qui sont la cause de dommages aux seules espèces et habitats naturels protégés par le droit de l'Union européenne.

¹⁹⁰ *Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*, signée à Lugano, le 21 juin 1993, (non entrée en vigueur), *STE*, n° 150.

qui devait apparaître comme l'ancêtre de ladite directive¹⁹¹. Cette convention aurait en effet permis la réception du risque nucléaire de fusion¹⁹², et ce dès lors que « pour la première fois en la matière, le régime mis en place n'e[tait] pas un régime spécial, limité à un domaine »¹⁹³. Pour autant, sa généralité a été cause de son échec tout comme l'ont été l'ensemble des tentatives entreprises sur le plan international par la suite¹⁹⁴. L'impossibilité de se plier à une approche holistique en droit international devait dès lors confier aux droits internes l'organisation de la réparation des dommages résultant d'activités tombant dans l'angle mort des régimes établis sur plan international. Le problème étant, on le sait désormais, que cette logique de spécificité n'a pas épargné les droits internes. En effet, ces instruments de droit international transposent bien souvent les carences de leur champ d'application dans l'ordre interne. Il suffira pour s'en convaincre de se référer au régime de responsabilité civile nucléaire ayant donné lieu à des lois nationales qui, sauf quelques exceptions¹⁹⁵, en reproduisent les prescriptions et les limites *ratione materiae*. Ainsi, l'article L597-2 du Code de l'environnement français soumet audit régime les installations « entrant dans le champ d'application de la convention de Paris »¹⁹⁶. Sur le plan horizontal, les États sont ainsi parvenus, par secteur, à créer une base de droit commune. Sur le plan vertical, cette approche sectorielle a cependant favorisé le morcellement du droit de la responsabilité. Cela étant, si l'approche concentrique du droit international a constitué un vecteur d'une telle évolution, il n'en a pas été le seul facteur, à tout le moins en droit français.

b. L'exclusion du risque nucléaire de fusion dans les textes de droit français

23. Une expansion justifiée par une nécessité sociale d'indemnisation. Sur fond de déclin du droit, la responsabilité civile de droit français, pourtant promise à un « avenir radieux »¹⁹⁷ à raison de la

¹⁹¹ Voy. E. TRUILHÉ-MARENGO, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, op. cit., p. 237.

¹⁹² À quelques exceptions près, ce régime concernait l'ensemble des « activités dangereuses » pour l'environnement, que les larges définitions données par l'article 2 du texte permettaient de couvrir. Si ces exceptions retrouvaient les activités nucléaires, le texte ne visait cependant qu'à exclure les dommages causés par une substance nucléaire susceptible de tomber sous le joug du régime conventionnel ou d'une « législation interne spécifique, pourvu que cette législation soit aussi favorable, en ce qui concerne la réparation des dommages, que l'un des instruments visés à l'alinéa ci-dessus [la Convention de Paris et la Convention de Vienne] ». *A contrario*, cette convention aurait donc pu réceptionner les dommages résultant des activités de fusion nucléaire — aucun État n'ayant, à notre connaissance, établi une législation « spécifique » aussi favorable. Certes, le régime de responsabilité établi visait à organiser la réparation des dommages résultant « d'activités dangereuses » que le texte définissait comme une activité menée à titre professionnel impliquant, entre autres, « des substances dangereuses ». Or cette notion était définie de telle manière que l'on pourrait derechef douter qu'elle ait pu englober des substances radioactives, à l'instar du tritium utilisé dans la réaction de fusion nucléaire en raison du renvoi opéré à une série de directives européennes excluant le risque nucléaire de fusion. Ce renvoi ne visait toutefois qu'à établir une forme de présomption de dangerosité. Aussi, une substance qui ne figurait pas sur la liste des substances dangereuses devait être considérée comme dangereuse si elle présentait « un risque significatif pour l'homme, l'environnement ou les biens », et une ou plusieurs des propriétés listées dans la définition générale, par exemple si elle était cancérigène, sensibilisante ou encore nocive. En outre, comme le soulignait le rapport explicatif du texte, « la liste de ces propriétés n'e[tait] pas elle-même exhaustive » et il aurait alors incombé au juge d'en apprécier la dangerosité. Davantage, et afin de lever tout doute subsistant quant à la confirmation de l'applicabilité du texte à la fusion nucléaire, ledit rapport disposait explicitement que les substances radioactives, bien que n'étant pas explicitement mentionnées, auraient été « considérées comme dangereuses » dans la mesure où elles présentent [un risque significatif pour l'homme, l'environnement ou les biens] : *Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*, op. cit., art. 2 ; Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement », p. 5, § 26.

¹⁹³ G-J. MARTIN, « La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano », *RJE*, n° 2-3, 1994, p. 123.

¹⁹⁴ Nous faisons particulièrement référence aux travaux conduits par la Commission du droit international qui seront étudiés *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2.

¹⁹⁵ On le verra au cours de notre étude, certains États ont ponctuellement dérogé aux prescriptions du régime de responsabilité civile nucléaire. Quant à son champ d'application, on notera comme seule exception connue le cas de la loi allemande qui avait déjà fait le choix de couvrir les activités de fusion dans son droit interne sur le fondement d'une responsabilité se rapprochant du système de la faute : *Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)*, § 26.

¹⁹⁶ Cet article est devenu l'article de référence depuis l'entrée en vigueur du protocole de 2004. Une ordonnance du 5 janvier 2012 avait en effet permis de codifier dans le *Code de l'environnement* toutes les nouvelles dispositions exécutoires du Protocole de 2004 dans l'attente de son entrée en vigueur, et sous couvert d'une clause de droit transitoire.

¹⁹⁷ Voy. H. MAZEAUD, « L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.H.*, 1935, chr., p. 5.

rédaction d'un Code « aussi simple que les préceptes évangéliques »¹⁹⁸, souffrait déjà de cette tendance régressive. Le contexte de la révolution industrielle avait en effet modifié le paradigme de la responsabilité civile et bouleversé l'équilibre instauré jusqu'alors par la faute, condition et fondement principal de la responsabilité individuelle¹⁹⁹. Face à l'impossibilité de prouver l'origine du dommage et *a fortiori* d'établir une faute personnelle à l'origine de celui-ci, il a fallu chercher un nouveau fondement à la responsabilité et en modifier les conditions. Une première mutation, trop connue pour qu'il soit utile d'y revenir en détail, a été l'œuvre conjuguée d'une évolution doctrinale²⁰⁰ et d'une ouverture jurisprudentielle conséquente. Il s'agit des arrêts *Teffaine* et *Jand'heur* de la Cour de cassation ayant fait de l'ancien article 1384 alinéa 1 le siège²⁰¹ d'une présomption de responsabilité pour les dommages causés par des choses²⁰² et partant une responsabilité autonome de droit commun²⁰³. Cette première mutation, si elle a permis d'extirper la responsabilité du carcan de la faute, a cependant révélé ses limites lorsqu'il est apparu que les clauses générales du Code Napoléon étaient impropres à relever les défis d'une société industrielle évoluant à une cadence accélérée et de ses risques nouveaux. Ainsi, alors que la faute était apparue comme inadaptée pour organiser la réparation de certains dommages, son palliatif révélait à son tour ses faiblesses et s'avérait inapte à poursuivre la mission pour lequel il avait été consacré : celle d'assurer une meilleure protection des victimes. Telle se dessinait alors la *ratio legis* commune, sinon à tous, du moins à la plupart des régimes spéciaux²⁰⁴. La nécessité sociale d'indemnisation et « l'immobilisme du droit commun »²⁰⁵ a alors agi comme un « élément surdéterminant »²⁰⁶ au processus de densification normative de la responsabilité de la responsabilité civile. Cette densification n'a pas seulement été marquée par une crise de croissance de l'institution. Elle a également matérialisé une crise d'identité de l'institution par une transformation de la matière ayant participé à en « brouiller les frontières »²⁰⁷.

Par-delà l'insuffisance technique du droit commun à réceptionner les dommages d'origines technologiques et industrielles, la création de régime spéciaux a également trouvé sa raison d'être

¹⁹⁸ R. RODIÈRE, « Étude sur la dualité des régimes de responsabilité », *JCP*, 1950, 1, 868, n° 17.

¹⁹⁹ Voy. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²⁰⁰ Sur l'influence des écrits de JOSSERAND et SALLELLES, voy. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²⁰¹ Cette disposition faisait initialement transition entre les articles qui précédaient (responsabilité de son propre fait) et ceux qui suivaient (quelques cas de responsabilité particuliers) qu'elle avait pour objet d'annoncer. Autrement dit, la philosophie des rédacteurs du code et leur penchant pour les clauses générales ont permis d'apporter une réponse à ce contexte nouveau, et même de construire un droit commun de la responsabilité civile. Voy. ainsi L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse, Université de Savoie, 2006, pp.39-138 soulignant ainsi que le droit commun s'est construit grâce à « l'inclination du droit savant français pour les principes généraux », p. 39 et dans le même sens M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse, Université de Toulouse, 2003, pp. 564 et ss ou encore F. LEDUC, « Le droit de la responsabilité civile hors le Code », *LPA*, vol. 133, 2005, p. 3.

²⁰² Cass. civ., 16 juin 1896, *Teffaine* ; Cass. ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, *Bull. Ch. reu.*, n° 34, p. 68. On pourra néanmoins noter qu'elle avait de peu été précédé par l'arrêt *Cames* constituant le premier cas d'application d'une responsabilité *même sans faute* pour risque en droit administratif : CE, 21 juin 1895, *Cames*, n° 82490, *Rec. Lebon*, p. 509.

²⁰³ Voy. Cass. civ. 2, 14 octobre 1970, n° 69-11.796, *Bull. Civ. II*, n° 270 ; Cass. civ. 2, 18 novembre 1976, n°75-12.241, *Bull. civ. II*, n° 312 et Cass. civ. 3, 27 janvier 1977, n°75-13.156, *Bull. civ. III*, n° 50 et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, pp. 954-955.

²⁰⁴ En réalité, il est difficile de trouver une cohérence dans le florilège des régimes spéciaux dès lors que « le législateur n'agit pas selon un plan d'ensemble, il réagit au coup par coup sous l'influence de pression diverses, par une pluie de lois de circonstances » : F. LEDUC, « Le droit de la responsabilité civile hors le code », *op. cit.* p. 11.

²⁰⁵ J-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *op. cit.*, p. 295 : « à cet égard, on est fondé à penser que la multiplication des droits spéciaux, tant décriée, s'explique par l'immobilisme dans lequel la majorité de la doctrine a enfermé le droit commun, par le refus de cette même doctrine de désacraliser certains dogmes ».

²⁰⁶ C. SINTEZ, « La densification normative de la responsabilité du fait des choses » in C. THIBERGE (dir.), *La densification normative*, *op. cit.*, p. 753.

²⁰⁷ L. CADDIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation » in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 506.

dans l'insuffisance même du droit traditionnel de la responsabilité. Pour les victimes dont la compensation des dommages était rendue impossible en raison de l'insolvabilité ou de l'anonymat du responsable ou, paradoxalement, en raison d'une pluralité de responsables²⁰⁸, le législateur a ainsi choisi de mettre en place des régimes destinés à élargir la responsabilité ou à s'en détacher selon la vision que l'on en retient²⁰⁹. Permettant une prise en charge rapide et simplifiée de la réparation des dommages, ces régimes d'indemnisation devaient en effet servir une amélioration du sort des victimes en permettant de soutenir «un crédit à l'indemnisation» là où existait une «dette de responsabilité»²¹⁰. Si certains ont pu soutenir cette tendance en «déplorant l'absence d'un système général de réparation à côté duquel la responsabilité traditionnelle n'aurait plus eu de place et aurait achevé un rôle historique de relais»²¹¹, il faut souligner que la solution du législateur, pour ce qui concerne la réception des dommages résultants du risque technologique réalise partiellement ce vœu. Pour autant, au titre de cette solution, le constat demeure le même : celui d'une exclusion des activités de fusion nucléaire.

24. Un étiolement conduisant à l'exclusion de l'indemnisation des victimes de fusion. Comme en droit international, il serait vain de chercher à démontrer que les activités de fusion sont exclues de la plupart des régimes spéciaux destinés à réceptionner le risque technologique tant le domaine est marqué par une approche sectorielle. Pour autant, ce n'est pas dire que le législateur français n'a pas tenté d'entreprendre une approche holistique en la matière. Le constat de l'insuffisance du droit de la responsabilité civile dans la réception des dommages causés par la réalisation du risque technologique et industriel lui est ainsi apparu clairement lors de l'accident survenu sur le site de l'usine AZF de Toulouse en 2001. Répondant à la «nécessité de légiférer» dans ce domaine, la solution retenue par le législateur dans la loi n° 2003-699 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et

²⁰⁸ Si l'absence de responsable a pu constituer une raison à l'instauration de régimes spéciaux éloignés de la responsabilité, la pluralité de responsables l'a été également, et ce spécifiquement dans le cas de dommage sériels. Cela, du moins, aurait été un motif de l'instauration du Fonds d'Indemnisations des Transfusés et Hémophiles et du Fonds d'indemnisation des Victimes de l'amiante. Certes le phénomène d'ampleur nationale a certainement emporté l'émotion de l'opinion publique et motivé l'intervention du législateur. Certainement, on le verra *infra*, l'indemnisation y est également intervenue aux fins de dissimuler une responsabilité fautive. Mais il a également fallu prendre en considération le fait que la réparation des dommages subis faisait intervenir la mise en œuvre de plusieurs régimes de responsabilité, pouvant relever d'ordres juridiques différents, et plaçant dès lors les différentes victimes dans des situations inégales.

²⁰⁹ Telle est la thèse soutenue par T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique, A la recherche de la responsabilité sans fait, op. cit.*, sp. pp. 9-12 à l'endroit de la responsabilité administrative qui, on l'a évoqué, à également souffert cette transformation, bien qu'elle ne lui ait pas été traditionnellement inconnue. Originellement, le droit administratif n'était pas étranger à cette idée — des systèmes primitifs d'indemnisation ayant existé bien avant le XIX^e siècle : voy. M. DEGUERGE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 159-160 soulignant que le juge administratif largement « imprégné par l'enseignement des civilistes et des romanistes, est restée longtemps marqué par le lien indissoluble existants entre l'idée de faute et celle de responsabilité », et ce bien que « pour le Conseil d'État, le progrès n'a pas consisté à séparer l'idée de faute de l'idée de responsabilité, mais inversement à admettre, à côté des risques créés par les services publics, qu'ils puissent commettre des fautes ». Cela étant, cette idée d'une responsabilité élargie se trouve également chez la doctrine civiliste, en témoigne le constat, certes plus nuancé, de P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, p. 565 : « on gagnerait à se convaincre une fois pour toutes que le droit de la responsabilité civile tel qu'on le définit traditionnellement n'est en réalité qu'un des rouages d'un système plus vaste, et que c'est à l'aune de cet ensemble que la cohérence de la matière doit se mesurer ».

²¹⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.*, 1987. Voy. également M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, pp. 25-28, sp. p. 27 évoquant « un « abandon, même si le mot ne disparaît pas encore totalement, de responsabilité (répondre de...à...), au profit d'une solidarité pleinement affichée comme telle » ou encore A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile, op. cit.*, p. 151 soulignant que la disparition du responsable « cheville » des mécanismes classiques de responsabilité a « dépossédé » cette dernière.

²¹¹ M-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, p. 88.

à la réparation des dommages n'a toutefois pas manqué d'interroger une partie de la doctrine²¹². Le mécanisme de réparation mis en place par cette loi est en effet relativement surprenant en raison des conditions afférentes à son application rendant, par ailleurs, celle-ci *a priori* inapplicable à la fusion. D'une part, la loi n'organise qu'une compensation partielle des dommages subis par les victimes de catastrophes technologiques, puisqu'elle réserve son application aux seuls dommages matériels. D'autre part, le droit traditionnel de la responsabilité civile est resté en retrait du régime établi par la loi dont le mécanisme repose désormais exclusivement sur le mécanisme de l'assurance directe²¹³ et se trouve conditionné par le constat administratif d'une situation revêtant certains critères qualitatifs et quantitatifs²¹⁴. Ainsi, bien que cette loi ait pu constituer une certaine avancée pour l'indemnisation des victimes de dommages industriels, « il reste que les victimes méritaient une loi plus ambitieuse »²¹⁵. Certainement, elle ne saurait intéresser notre propos dès lors qu'évitant l'indemnisation des dommages corporels, elle ne permettrait pas la réception des dommages les plus graves, c'est-à-dire les dommages corporels découlant des effets rampants et insidieux de la radioactivité. Mais davantage, elle ne peut même pas constituer une soupape de sécurité puisque le champ d'application *ratione materiae* de la loi ne permet pas d'y inclure un tel risque.

En effet, cette loi a vocation à s'appliquer aux dommages résultant d'un accident dans une installation relevant du Titre Ier du livre V du Code de l'environnement, ainsi qu'aux accidents liés au transport de matière dangereuse ou causé par des installations régies par le code minier²¹⁶. Elle exclut de son champ d'application le risque nucléaire, et plus spécifiquement « les accidents définis par la Convention sur la responsabilité civile de l'énergie signée à Paris le 29 juillet 1960 »²¹⁷. Certes, la Convention de Paris excluant le risque nucléaire de fusion, cette clause d'exclusion ne s'applique pas aux installations de fusion. Alternativement, les installations de fusion ne rentrent toutefois pas dans la nomenclature des installations visées. Le Titre Ier du livre V du Code de l'environnement est, en effet, consacré aux installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE). Si la notion inclut les installations industrielles ou agricoles susceptibles de créer des risques ou de provoquer des pollutions ou des nuisances, notamment pour la sécurité et la santé des riverains de telles installations²¹⁸, elle n'inclut généralement pas les installations nucléaires qui relèvent du régime des

²¹² Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 861 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques », *D.*, 2004, chron. p. 17 ; P. SAVINI, Y. MARTINET, « Risques technologiques et réparation des dommages, points saillants de la loi du 30 juillet 2003 », *LPA*, vol. 203, 2003, p. 4 ; N. REBOUL-MAUPIN, « La prévention des risques technologiques : aspects juridiques », *LPA*, 2004, n° 251, p. 6 ; J. BIGOT, « La loi Bachelot et l'assurance », *JCP*, 2003, doctr. 167.

²¹³ Sur ce mécanisme supposant que la victime d'un dommage soit indemnisée par son propre assureur, voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1.

²¹⁴ En effet, la mise en œuvre du régime est subornée par l'existence d'un grand nombre de dommages. Plus encore, c'est la reconnaissance administrative d'un « état de catastrophe technologique », inspiré de la solution existante en matière de catastrophe naturelle, qui conditionne l'ouverture du droit à indemnisation des victimes. Le cas échéant, les victimes sont indemnisées au titre de leur contrat d'assurance habitation, sans que leurs assureurs ne puissent leur opposer la nature du sinistre ou quelque clause d'exclusion de garanties. Dans l'hypothèse où la victime ne disposerait pas de contrat d'assurance, la loi prévoyait initialement la possibilité pour cette dernière d'obtenir compensation par le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage. Cette intervention du fonds, qui n'avait pas été sans susciter des interrogations chez certains auteurs en raison de la rupture qu'elle aurait suscitée dans la logique classique de ce mécanisme qui intervient au secours de l'absence d'assurance de la victime et non à celle de l'auteur (L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, *op. cit.*, p. 156), a néanmoins été supprimée : voy. *Code des assurances*, art. L128-1 et ss.

²¹⁵ A. GUÉGAN-LÉCUYER, « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques », *op. cit.*, p. 19.

²¹⁶ Voy. *Code des assurances*, article L128-1.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Voy. *Code de l'environnement*, art. L511-1.

installations nucléaires de base régi par le titre IX du même Livre²¹⁹. Or, le fait que les installations de fusion nucléaire ne puissent être considérées comme des installations nucléaires au sens de la Convention de Paris ne met pas en échec leur qualification en tant qu'installations nucléaires de base en droit français²²⁰ conduisant ainsi à la non-application de la loi du 30 juillet 2003 au risque nucléaire de fusion. Assurément, cette inapplication n'est, en réalité, que la conséquence d'une loi au champ d'application strictement défini bien que relativement large. En effet, les installations visées par celui-ci constituent *in fine* sinon la totalité, du moins la majorité, de celles dont l'exploitation est susceptible d'engendrer les dommages qu'elle a vocation à réparer. Pour cela, elles ont également été l'objet d'une tentative de réforme du droit de la responsabilité²²¹. Il n'en reste pas moins que n'englobant pas les installations de fusion, elles rendent la loi étudiée insuffisante à réceptionner le risque de fusion.

Somme toute, le droit interne de la responsabilité civile conduit à formuler le même constat que relevé à l'endroit du droit international. Sous couvert d'une volonté croissante de réceptionner les dommages causés par le risque présent dans la société moderne, il a subi une double crise de croissance et d'identité dont les succédanés ne suffisent même pas à garantir une compensation adéquate des dommages subis par les victimes par des nouvelles activités telles les activités de fusion, et ceci en raison des risques de conflits, et singulièrement des risques de conflits négatifs, qu'entraînent la densification normative de la matière. Dans ce contexte, la réparation ou l'indemnisation des dommages susceptibles de résulter de ce nouveau risque devraient trouver d'autres fondements dont on ne pourra que constater l'insuffisance.

2. Un étiolement juridique aboutissant à une réception insuffisante du dommage de fusion

25. Une situation appelant une diversité des solutions juridiques résiduellement applicables. Le propos précédent tenu a confirmé que la prolifération normative avait conduit à exclure explicitement le risque nucléaire de fusion du champ d'application de régimes spécifiquement adoptés pour faire face aux risques technologiques. Il est toutefois d'autres situations dans lesquelles cette exclusion n'est pas explicite mais se révèle à travers l'insuffisance des règles susceptible de se trouver résiduellement applicables. Il en va ainsi du droit commun de la responsabilité civile, dont l'insuffisance, avant même

²¹⁹ Elles sont d'ailleurs expressément exclues du Titre Ier du Livre V aux termes de l'article L593-1 du Code de l'environnement lequel dispose que : « les installations nucléaires de base énumérées à l'article L. 593-2 sont soumises au régime légal défini par les dispositions du présent chapitre et du chapitre VI du présent titre en raison des risques ou inconvénients qu'elles peuvent présenter pour la sécurité, la santé et la salubrité publiques ou la protection de la nature et de l'environnement. Elles ne sont soumises ni aux dispositions du chapitre unique du titre VIII du livre Ier, ni des articles L. 214-1 à L. 214-6 du présent code *ni à celles du titre Ier du présent livre*. Elles sont également exclues du champ du régime de déclaration, d'enregistrement ou d'autorisation mentionné à l'article L. 1333-8 du code de la santé publique, dans les conditions définies au II de l'article L. 1333-9 du même code ». Cette particularité avait d'ailleurs été relevée par le Conseil d'État dans un arrêt du 20 juin 1984, *Association Les Amis de la Terre*, n° 40253, *Rec. Lebon*, p. 233 : « [I]es installations nucléaires de base, telles qu'elles sont définies à l'article 2 du décret n° 63-1228 du 11 décembre 1963 modifié par le décret n° 73-405 du 27 mars 1973, pris en application des dispositions de l'article 8 de la loi du 2 août 1961 relative à la lutte contre les pollutions atmosphériques et les odeurs, ne sont pas soumises à la procédure d'autorisation ou de déclaration concernant les installations classées pour la protection de l'environnement ».

²²⁰ À la lecture de l'article L593-2 du *Code de l'environnement* et du décret n° 2007-830 du 11 mai 2007 relatif aux installations nucléaires de base, les futures installations de fusion constitueront, en effet, des INB dès lors qu'elles permettront de produire et de contrôler une réaction nucléaire autoentretenue ou *a minima* qu'elles détiendront, en quantité suffisante, des substances radioactives définies par l'article L542-1-1 du Code de l'environnement comme « une substance qui contient des radionucléides, naturels ou artificiels, dont l'activité ou la concentration justifie un contrôle de radioprotection ». C'est d'ailleurs cela qui a conduit les autorités compétentes à considérer l'Organisation ITER comme telle par le décret n° 2012-1248 du 9 novembre 2012, *op. cit.*

²²¹ Il s'agit notamment de l'article 23 du projet de réforme porté par François TERRÉ qui prévoyait un cas de cas responsabilité *même sans faute* du fait des installations classées sur lequel nous aurons l'occasion de revenir au sein de notre étude : F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, art. 23.

le développement des activités de fusion, avait été révélée justifiant dans, une certaine mesure, le phénomène étudié ci-avant dans le droit interne. Il ne faut toutefois pas s'empresser de considérer que ce droit comme le seul applicable dans la situation nous occupant. Si ce dernier apparaît comme un droit de référence au sein de cette introduction, ce n'est que parce que les développements, qui suivront, participeront à justifier la place que l'on lui accorde. Il y a en effet « de nombreuses manières d'être cause d'une catastrophe : on peut être le préparateur, le déclencheur, l'occasion ou le prétexte »²²². Or cette assertion prend tout son sens dans le cadre du risque technologique – et surtout du risque nucléaire – en raison de sa particularité à impliquer une pluralité d'acteurs susceptibles, de surcroît, d'obéir à des règles de responsabilité relevant de droits différenciés. Il en va ainsi lorsque doit s'envisager la place occupée par l'État à raison du risque technologique. Dans la société du risque, l'État joue en effet un rôle moteur, omniscient et protéiforme. L'État, ou l'une ses émanations, est parfois l'acteur principal du risque parce qu'il poursuit lui-même une activité en étant génératrice. D'autre fois, il est bénéficiaire de l'activité génératrice du risque. Enfin, il est d'autres hypothèses dans lesquelles l'État demeure en arrière-plan parce que la situation ne peut pas le désintéresser. Or, dans toutes ces situations, la survenance d'un événement dommageable serait susceptible de convoquer une responsabilité de « nature civile » ou presque. Pour autant, toutes ses situations ne méritent pas que l'on leur accorde plus d'importance que nécessaire au sein de ce propos introductif.

26. Une situation appelant une exclusion préalable du recours à la responsabilité *cum delicto*. Dans certains cas, il se pourrait en effet que l'État soit responsable parce qu'en retrait de l'activité litigieuse, il a néanmoins pu participer à la survenance d'un dommage résultant de sa poursuite. De longue date, il est en effet admis que l'État qui échoue à prévenir la réalisation d'un risque sur son territoire ou sa juridiction peut voir sa responsabilité administrative, et même internationale, engagée. Néanmoins, une telle hypothèse reposant en droit administratif sur l'existence d'une faute et en droit international sur l'existence d'un fait internationalement illicite ne mérite pas que l'on s'y attarde plus que de raison. Que ce soit en droit civil, administratif ou en droit international public, le constat est unanime selon lequel ce fondement apparaît insuffisant pour autoriser la réparation des dommages résultant du risque technologique. « Grande règle d'équité qui pourrait, à elle seule, résumer le droit tout entier »²²³, ce n'est pas dire que la faute ou l'illicite ne reste pas un fondement des plus intéressants à l'heure où le droit en appelle, par l'objet de réglementation minutieuse, à une diligence particulière de la part de ceux qui poursuivent des activités génératrices de risque²²⁴, voire de ceux qui les encadrent²²⁵. Elle a néanmoins révélé ses faiblesses face à l'aléa du risque. Parce que le risque nucléaire de fusion pourra conforter cette assertion quelque peu axiomatique, il conduit d'ores et déjà à éliminer

²²² M. A. DESCHAMPS, « Catastrophe et responsabilité », *Revue Française de Sociologie*, vol.13, n° 3, 1972. p. 379.

²²³ H et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6e éd., 1965, par A. Tunc, éd. Montchrestien, p. 16.

²²⁴ Certains soulignent ainsi que la multiplication des réglementations qui tendent à mettre en place un réseau de plus en plus dense d'obligations de plus en plus strictes à la charge des professionnels, dans l'intérêt de l'environnement contribuerait ainsi à étendre et à rendre plus sévère ce type de responsabilité qui ne présente plus guère de différence avec la responsabilité *même sans faute* : voy. L. MAZEAUD, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 273 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, « L'apport du principe de précaution », *RJE*, 2000, n° 2, p. 164 et G. VINEY, « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *JCP*, 1996, I, 39000.

²²⁵ Le constat est effectivement valable à l'endroit du rôle incombant à la puissance publique dans l'encadrement de ces activités. Il a d'ailleurs conduit à une certaine déviance dont notre étude se fera l'écho.

la possibilité d'envisager une réparation des dommages résultant de sa réalisation sur ce seul fondement²²⁶.

Le fait que la faute ou l'illicite ne puisse pas suffire à réceptionner les dommages résultant des activités de fusion n'épuise cependant pas le champ des solutions résiduellement applicables, particulièrement pour ce qui concerne la responsabilité administrative²²⁷. Comme le droit civil, le droit de la responsabilité administrative connaît en effet certaines règles de responsabilité d'application générale *même sans faute* apte à réceptionner les dommages causés par la réalisation d'un risque. Applicables aux hypothèses dans lesquelles la puissance publique est *grosso modo* la créatrice du risque ou son bénéficiaire direct, leur (in)applicabilité doit être envisagée. N'étant que la conséquence de l'appartenance – malgré tout – des activités de fusion nucléaire à un droit « carrefour », ce n'est en effet que par la démonstration de l'insuffisance *conjoncturelle* des solutions du droit administratif (a.) que l'on pourra en effet conclure sur l'insuffisance *technique* des règles de responsabilité civile *même sans faute* résiduellement applicables (b.).

a. *Des solutions juridiques conjoncturellement insuffisantes*

27. L'existence de points de contacts entre l'accident nucléaire et la responsabilité administrative.

Dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, la nature de droit privé de la responsabilité civile de l'exploitant ne la rend pas moins applicable à la puissance publique exploitante pour des raisons évoquées *supra*²²⁸. Par-delà cette exception au dualisme juridictionnel existant depuis les arrêts *Rotschild* et *Blanco*²²⁹, l'utilisation de l'énergie nucléaire présente néanmoins certaines caractéristiques qui justifient la recherche de solutions permettant de réceptionner les dommages résultant de la réalisation du risque nucléaire dans le droit de la responsabilité civile administrative. De longue date, le juge administratif a en effet dégagé une jurisprudence susceptible de l'intéresser. À la suite de l'arrêt *Cames* dans lequel il retenait pour la première fois une responsabilité *même sans faute* fondée sur le risque auquel pouvait être exposé les agents de l'État²³⁰, il consacrait une responsabilité du fait des activités dangereuses dans l'arrêt *Regnault-Desrozières*²³¹. D'application déjà rare²³², cette jurisprudence trouverait néanmoins une portée limitée dans le cadre de notre étude. D'une part, elle supposerait que les personnes qui poursuivent l'activité de fusion dommageable soient dotés de prérogatives de puissance publique²³³. D'autre part, lorsqu'elle s'envisage par le prisme de l'activité administrative, l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire s'inscrit bien souvent dans le cadre d'un service public industriel et commercial, qu'il soit géré par une personne publique ou par une personne privée. D'emblée, cette situation pourrait donc exclure pour partie l'application de cette responsabilité aux activités de fusion. Regrettable, cette solution n'en est pas moins compréhensible : l'exception est

²²⁶ Cela ne doit cependant pas conduire à conclure que cette responsabilité sera totalement exclue de l'étude entreprise.

²²⁷ La responsabilité *sine delicto* de l'État n'existant pas en droit international indépendamment des cas dans lesquels il est visé par les mêmes obligations qu'une personne privée : voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2.

²²⁸ Voy. *supra* § 96.

²²⁹ Voy. CE, 6 décembre 1855, *Rotschild*, *Rec. Lebon*, p. 707 ; TC, 8 février 1873, n° 00012, *Blanco*, *Rec. Lebon*, p. 61.

²³⁰ Voy. CE, 21 juin 1895, n° 82490, *Cames*, *Rec. Lebon*, p. 509.

²³¹ Voy. CE, 28 mars 1919, n° 62273, *Regnault-Desrozières*, *Rec. Lebon*, p. 329.

²³² Voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²³³ Voy. CE, 13 octobre 1978, *DASEA du Rhône*, n° 03335, *Rec. Lebon*, p. 368 ; CE, 21 décembre 2007, *Lipietz*, n° 305966, *Rec. Lebon*, p. 540.

admise de longue date selon laquelle les dommages causés au cours de l'activité d'un service public industriel et commercial relèvent, par principe, de la compétence du juge judiciaire²³⁴. En réalité, et surtout, elle ne saurait que légèrement influencer sur la suite de ce propos. En 1987, le Conseil d'État avait en effet reconnu la responsabilité d'Électricité de France (EDF), alors établissement public industriel et commercial, en raison de nuisances provoquées par le fonctionnement d'une centrale nucléaire²³⁵. La compétence du juge administratif s'était alors expliquée par le fait la responsabilité de l'établissement était recherchée sur le fondement du régime des travaux publics, plus particulièrement du régime des ouvrages publics.

28. La potentialité du régime des ouvrages publics pour réceptionner les dommages de fusion.

Véritable « matrice » du contentieux administratif indemnitaire et premier régime de responsabilité administrative²³⁶, le régime des ouvrages publics tiré de la loi du 28 pluviose an VII est parfois présenté comme un « droit commun » du régime de responsabilité civile nucléaire²³⁷. En raison de son caractère « attractif », ce régime présente ainsi un intérêt certain pour les victimes du risque nucléaire de fusion, et ce dès lors qu'il participe à rendre indifférent la qualité de la personne poursuivant l'activité génératrice de dommage tout en faisant bénéficier la victime d'une responsabilité *même sans faute*. À tout le moins, il en va ainsi lorsque l'exploitation d'un ouvrage public est la cause du dommage subi par un « tiers », que ce dommage résulte d'un fait d'exploitation de l'ouvrage ou d'un fait de l'ouvrage lui en lui-même²³⁸, ou encore lorsque « exceptionnellement dangereux », cet ouvrage cause des dommages tout court²³⁹. Ce régime hétéroclite, sur lequel il nous sera donné de revenir dans le cadre de notre étude²⁴⁰, reste néanmoins soumis à une condition principale constituant, à ce stade, son frein principal : celle que le dommage résulte bien de l'exploitation d'un ouvrage public. « Mal aimé »²⁴¹ du droit administratif, la notion n'a en effet que très tardivement bénéficié d'une définition générale²⁴². S'il a très tôt été admis que l'existence d'un ouvrage public suppose un bien immobilier ayant fait l'objet d'un aménagement de manière à répondre à une finalité d'intérêt général, par l'affectation directe à l'utilité publique ou à un service public, la suffisance de ces trois conditions a suscité des interrogations car au fil de la jurisprudence un doute est né quant à l'existence d'une quatrième condition d'ordre organique, c'est-à-dire imposant que l'ouvrage public soit la propriété

²³⁴ Voy. TC, 22 janvier 1921, *Sté commerciale de l'Ouest africain*, n° 00706, *Rec. Lebon*, p. 91.

²³⁵ CE, 2 octobre 1987, *EDF c. Mme Spire*, n° 68894, *Rec. Lebon*, p. 302 et CE, 1er mars 1989, n° 56.806, *Épx Docquet Chassaing c. EDF*, *Inédit*.

²³⁶ Voy. A. MATHIOT, *Les accidents causés par les travaux publics*, Paris, Sirey, 1934, 255 p. ; J.-P. FERREIRA, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, Paris, Dalloz, 2020, 704 p.

²³⁷ Dans ce sens que le régime de responsabilité civile nucléaire en constituerait une exception : J. PETIT, G. EVEILLARD, « Ouvrage public. Régime », *JCL Propriétés publiques*, fasc. 9, 2019, § 219.

²³⁸ Voy. CE, 25 avril 1958, *Veuve Barbaza*, *Rec. Lebon*, p. 228.

²³⁹ Voy. CE, 6 juillet 1973, *Ministre de l'équipement et du logement c/Dalleau*, n° 82406, *Rec. Lebon*, p. 482.

²⁴⁰ Voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 1, A.

²⁴¹ J. PETIT, G. EVEILLARD, *L'ouvrage public*, Paris, Litec, 2009, p. 1. Initialement, en effet, le régime des dommages de travaux publics ne visait que les dommages subis aux cours de l'exécution ou de la non-exécution d'un travail public. Pendant longtemps, l'ouvrage public fut ainsi perçu comme étant le seul résultat d'un travail public, avant que ne soit affirmée l'indépendance de la notion : voy. R. CAPITANT, « La double notion de travail public », *RDP*, 1929, p. 507 ; TC, 28 mars 1955, n° 01525, *Effimief*, *Rec. Lebon*, p. 616 et plus généralement J. PETIT, « Ouvrage public – notion », *JCL Propriété publique*, 2019, fasc. 8, §§ 223 et ss ; J.-M. AUBY, P. BON, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 8^{ème} ed., Paris, Dalloz, 2020, pp. 239 et ss.

²⁴² J. PETIT, G. EVEILLARD, *L'ouvrage public*, *op. cit.*, p. 2 relevant ainsi qu'en l'absence d'un arrêt fondateur, l'identification des éléments nécessaires à la qualification d'ouvrage public a obligé l'interprète à « synthétiser les indications partielles » produites par une jurisprudence abondante « mais souvent fort laconiques ».

d'une personne publique²⁴³. Il a ainsi fallu attendre un avis contentieux en date du 29 avril 2010 pour que le Conseil d'État apporte une réponse à cette question en fournissant, pour la première fois, une définition claire de l'ouvrage public. Cet avis a son importance parce l'espèce entretenait un lien étroit avec notre objet d'étude. Elle concernait, en effet, le devenir des biens appartenant à EDF à la suite de sa privatisation en 2004, et notamment de ses réacteurs nucléaires. Du même coup, le Conseil d'État confirmait que les réacteurs nucléaires appartenant à EDF constituaient bien des ouvrages publics et faisait de l'affectation à un but d'intérêt général l'élément prédominant de la définition de l'ouvrage public²⁴⁴. « Pierre angulaire »²⁴⁵ du droit administratif et généralement entendu comme « une activité assurée ou assumée par l'administration »²⁴⁶, le service public n'en demeure pas moins très difficile à définir²⁴⁷.

À la seule lecture de la loi, il pourrait assurément ne faire aucun doute que la fourniture d'électricité par l'exploitation future d'une installation de nucléaire de fusion puisse constituer une mission de service public²⁴⁸. Il faut, pour autant, se défier des apparences. Pendant longtemps, en effet, la seule production d'électricité n'était pas considérée comme un service public en soi. En réalité, seuls les ouvrages servant sa distribution bénéficiaient par conséquent de la qualité d'ouvrage public. Ce n'est que sous l'influence du droit de l'Union européenne et du service universel de l'électricité qu'une réforme a été entreprise sur ce point au terme de laquelle ne sont retenus comme des ouvrages publics que les ouvrages de production d'électricité soumis « des contraintes quant à leurs conditions de fonctionnement afin d'assurer l'équilibre, la stabilité et la fiabilité du système » et dont « la production est entièrement destinée de façon permanente au réseau de transport et de distribution »²⁴⁹. En définitive, il se pourrait que toutes les installations de fusion, quand bien même elles produiraient de l'électricité, ne soient pas susceptibles, à l'aube de leur développement, de recevoir une telle qualité²⁵⁰. Si l'on ajoute à cela, le constat selon lequel toutes les installations de fusion nucléaire n'ont pas une telle vocation, la tâche devient d'autant plus ardue. Certes, étant donné l'évolution jurisprudentielle,

²⁴³ Cette interrogation est principalement née d'un avis du Conseil d'État en date du 11 juillet 2001 (CE, avis, 11 juillet 2001, *Adelée*, *Rec. Lebon* p. 372), dans lequel Conseil d'État était parvenu à la conclusion selon laquelle, les ouvrages immobiliers appartenant à la société France Télécom, ayant fait l'objet d'une privatisation en 1996, « ne présentent plus [...] le caractère d'ouvrage public ». Sur ce resserrement jurisprudentiel entre propriété publique et ouvrage public voy. F. MELLERAY, « Incertitude sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 2005, pp. 1376-1381 et J. PETIT, « Ouvrage public – notion », *op. cit.*, §§ 159-190.

²⁴⁴ CE, avis, 29 avril 2010, *Béligaud*, n° 323179, *Rec. Lebon*, p. 126. Pour ce qui concerne les réacteurs nucléaires, cette position a également été celle de la Cour de cassation : Cass. com., 20 septembre 2017, n° 15-28812, *Bull. com.*

²⁴⁵ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, 1925, réimp. Paris, Dalloz, 2005, p. XV

²⁴⁶ R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDJ*, 1968, p. 239 et dans le même sens B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 573 pour qui le service public est « une finalité d'intérêt général orientée vers la solidarité sociale et la cohésion territoriale, dont les pouvoirs publics décident d'avoir la maîtrise juridique et de la satisfaire au moyen de la fourniture de prestations délivrées au public, parce que l'initiative privée et le libre jeu du fonctionnement du marché ne permettraient pas ou mal sa prise en charge collective ».

²⁴⁷ Voy. R. LATOURNERIE, « Sur un Lazare juridique », *Étude et documents du Conseil d'État*, 1960, n° 14, p. 61 ; D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 427 ou encore R. LOMBARD, « Mots et valeurs du service public », *AJDA*, 2008, p. 1225.

²⁴⁸ Voy. notamment *Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, *JORF*, n° 185, 11 août 2004, texte 1 ; *Loi n° 2006-1437 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie*, *JORF*, n° 284, 8 décembre 2006, texte n° 1.

²⁴⁹ Voy. CE, 23 juin 2010, *Comité mixte à la production de la direction des achats d'EDF*, n° 306327 ; CE, ass., 12 avril 2013, *Féd. FO Énergie et Mines et a.*, n° 329570, 329683, 330539, 330847, *Rec. Lebon*, p. 94.

²⁵⁰ Voy. X. DELPECH, « Une centrale nucléaire a la nature d'ouvrage public — note sous Cass. com., 20 septembre 2017, n°15-28812 », *D.*, n° 4, 2017 considérant ainsi que : « [o]n imagine par exemple — hypothèse purement d'école, pour ne pas dire farfelue — que la qualification d'ouvrage public serait écartée si un industriel, opérant dans un secteur gourmand en électricité, faisait construire une centrale nucléaire pour sa consommation personnelle ».

la définition de service public est devenue relativement englobante²⁵¹. La notion n'en reste pas moins incertaine et conjoncturelle²⁵², et il n'est pas certain qu'elle puisse, par exemple, autoriser à qualifier d'ouvrage public une installation comme celle d'ITER à raison, notamment, du caractère international de son exploitation²⁵³. Il serait ainsi vite fait qu'une installation de fusion puisse se trouver exclue dudit régime non à raison du risque qu'elle comporte mais simplement à raison des circonstances de son exploitation. Surtout, ce régime ne vaut qu'à la condition que le dommage subi par les victimes ne mette en cause un ouvrage public ou qu'il résulte d'un fait d'exploitation de l'ouvrage, c'est-à-dire du fonctionnement du service public exploitant l'ouvrage. Or, nous aurons l'occasion de le constater, les activités nucléaires de fusion peuvent s'étendre par-delà la simple exploitation d'une installation immobilière. Ce n'est donc pas dire que, en lui-même, ce régime ne revêt pas certains avantages, notamment compte tenu de la place que peut occuper l'État dans la réparation du dommage²⁵⁴. Simplement, les incertitudes qu'il engendre d'un point de vue conjoncturel ne saurait suffire à conclure à sa suffisance pour organiser la réparation des victimes du risque nucléaire de fusion. Pour certains, ce régime pourrait d'ailleurs être abandonné, « sans grande conséquence pratique », au profit de l'application de l'article 1242 du Code civil²⁵⁵. Assurément, cette assertion peut emporter la conviction dès lors qu'elle viserait à simplifier l'appréhension de la matière. Néanmoins, que l'étude ici entreprise puisse participer à confirmer l'intérêt de s'en référer aux règles de la responsabilité civile ne doit pas également conclure à leur suffisance. Dans ce cadre-là, les règles existantes montrent également des imperfections.

²⁵¹ La notion impose au minimum la réunion de deux critères, et ce depuis l'abandon du critère relatif à l'exercice de prérogatives de puissances publiques : voy. CE, sect., 22 février 2007, *Assoc. du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, *Rec. Lebon*, p. 92 ; CE, 5 oct. 2007, *Sté UGC-Ciné-Cité*, n° 298773, *Rec. Lebon*, p. 418 ; L. JANICOT, « L'identification du service public géré par une personne privée », *R DFA*, 2008, pp. 67 et ss et F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, *Droits des services publics*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 350 et ss. Le premier critère est matériel : le service public vise à satisfaire un besoin d'intérêt général, mais la substance de celui-ci peut varier au gré des politiques ou des mutations sociétales, et plus généralement de la perception que l'on a : voy. J.-M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.*, 1998, p. 327 ou plus généralement D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1977, 394 p. Le second est organique : le concept de service public met l'accent sur le rattachement direct ou indirect à la puissance publique, par sa maîtrise ou son implication. Ce rattachement, supposé exprimé la volonté de la puissance publique de « délivrer un label de service public » : D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427. Il peut ainsi, à défaut d'être explicite, se deviner dans un faisceau d'indices. Il se pourrait donc que des installations de fusion puissent être affectées à réalisation d'un service public autre que la production d'électricité. Par comparaison, il en va ainsi de la mission confiée à l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (qui reste néanmoins un EPIC). La question s'était également posée concernant l'activité de la Compagnie générale des matières nucléaires (Cogema) bien que la réponse positive ait été motivée par l'inhérence initiale de son activité avec celle du CEA : voy. Cass. soc., 5 juillet 1984, n° 81-41302.

²⁵² À la différence des cas évoqués *supra*, une telle qualité ne devait pas avoir été recherchée concernant la mission de la SOCATRI, dont l'activité a été à l'origine d'un dommage nucléaire non couvert par le régime conventionnel : voy. TGI Paris, 15 mai 2012, n° 09/07424 ; CA Paris, 22 novembre 2013, n° 12/09492 et rapprochez D. DEHARBE, « Compétence de la juridiction judiciaire pour connaître de l'action tendant à interdire à la Cogema l'importation et le retraitement des combustibles radioactifs usés », note sous TC, 1er juillet 2002, *Conflit positif préfet de la Manche c/ Assoc. Manche nature et Assoc. Greenpeace France*, n° 3323-3324 », *Environnement* n° 8-9, Août 2002, comm. 10.

²⁵³ Le Conseil d'État a déjà qualifié des travaux effectués pour le compte d'une Organisation internationale (le CERN) comme des travaux publics, considérant le caractère de service public des activités de recherches y étant conduites : voy. CE, 18 décembre 1981, *Ministre des Relations Extérieures c. M. Pelaz et autres*, n° 36142, *Rec. Lebon*, p. 480. Isolée, l'application d'une telle jurisprudence à ITER demeure néanmoins incertaine. D'une part, la France n'est pas directement partie à *ITER Organization*, alors qu'elle est partie au CERN. Or la mission de service public semblait, des mots du juge, se justifiait par la poursuite de ces activités « dans l'intérêt des États membres ». D'autre part, le fait que le juge ait qualifié les travaux de travaux publics ne saurait présumer que l'installation ait reçu la qualification d'ouvrage public, et ce bien que l'argument ait été soutenu : voy. S. CHARBONNEAU, « L'occupation temporaire par des ouvrages permanents. À propos de l'arrêt de section du Conseil d'État du 18 décembre 1981 (ministre des Relations Extérieures contre M. Pelaz et autres) », *RJE*, n° 2, 1983, pp. 101-104.

²⁵⁴ Comme on le verra *infra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, l'insolvabilité de l'exploitant de l'ouvrage public peut déclencher une responsabilité subsidiaire de l'État.

²⁵⁵ Voy. P. SABLIERE, « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-ils qu'ils le soient ? Contribution à l'étude des incertitudes pesant sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 2005, p. 2329.

29. L'insuffisance de la responsabilité du fait des choses. Nous avons déjà évoqué que l'insuffisance de la faute pour réceptionner le risque technologique devait avoir conduit à la reconnaissance d'un principe autonome de droit commun que constitue la responsabilité du fait des choses. Depuis le siècle dernier, cette règle de responsabilité *même sans faute* a en effet dégagé certaines perspectives quant à l'appréhension des problématiques soulevées en cas de dommage résultant du risque industriel et technologique. Aux prémices de l'utilisation de l'atome, elle avait même constitué une solution, sinon envisagée, à tout le moins envisageable²⁵⁶. Quoique l'histoire soit bien connue selon laquelle cette responsabilité aurait perdue de sa vigueur en raison de la multiplication des régimes spéciaux destinés à réceptionner les risques technologiques l'ayant privé du terrain qu'elle aurait pu occuper²⁵⁷, elle n'en reste pas moins, de prime abord, un fondement juridique résiduel satisfaisant en raison du caractère englobant dont le juge a doté la notion de « chose »²⁵⁸. Néanmoins, son apparente généralité se heurte « au fait que ses dispositions, bien que pouvant parfois recouvrir un contentieux entre professionnels exploitant une activité industrielle et profanes, demeurent principalement adaptées aux dommages entre particuliers »²⁵⁹. Plus encore, ce principe général de responsabilité suppose, par le concept de garde, la construction d'un lien subjectif entre le gardien et la chose²⁶⁰. Or ce rapport peut s'avérer difficile à établir dans le cadre de certaines activités industrielles et technologiques, raison pour laquelle la plupart des régimes spéciaux s'en sont affranchis, et notamment le régime de responsabilité civile nucléaire²⁶¹. Pour cela, même en considérant que les rejets radioactifs résultant de la réalisation

²⁵⁶ Voy. W. E. BELSER, « L'assurance des risques nucléaires », *Rapport à l'Organisation européenne de coopération économique*, 1957, p. 7 évoquant le responsable comme « le détenteur de radio-isotopes » et N. PELZER, « The Present State of Research », *op. cit.*, p. 270 ; E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *op. cit.* ou R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.* ou encore J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, p. 54 qui s'était interrogée en ces termes : « dans le cas d'une échappée radioactive, l'exploitant d'un réacteur sera-t-il alors encore considéré comme un gardien d'une chose inanimée alors que le dommage est causé par la retombée d'un nuage radioactif à une grande distance ? ».

²⁵⁷ Voy. notamment D. MAZEAU, « Un principe général de responsabilité du fait des choses est-il réellement nécessaire ? Point de vue d'un privatiste » in F. LEDUC (dir.), *La responsabilité du fait des choses, réflexion autour d'un centenaire*, Paris, Economica, 1997, pp. 111-120 ou encore G. DURRY, « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses » in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, PUF, pp. 707-715 et sur la place de la responsabilité du fait des choses au sein du droit de la responsabilité civile *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2.

²⁵⁸ Étant donné la large compréhension de la notion de chose, il est difficile d'en dresser un quelconque inventaire. On relèvera cependant que la responsabilité du fait des choses a pu s'appliquer à l'infiltration de gaz toxiques (Cass. civ. 2, 17 décembre 1979, *Bull. civ. II*, n°353), à la projection de schistes brûlants (Cass. civ. 2, 24 mai 1984, n° 83-19.342, *Bull. Civ. II*, n°95), à des fumées ou des gazs (Cass. civ. 2, 11 juin 1975, n°73-11.674, *Bull. civ. II*, n° 174, p. 142) etc. Voy. plus généralement P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 957-958 ; L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 275 ; F. CHABAS, « Cent ans d'application de l'article 1384 » in *La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle : bilan prospectif*, *op. cit.*, pp. 41 et ss. De même la question s'est encore récemment posée de son applicabilité aux gaz à effet de serre, lesquels rappellent sous certains aspects le risque nucléaire : voy. S. PORCHY-SIMON, « L'indemnisation des dommages climatiques par le droit commun de la responsabilité civile » in S. PORCHY-SIMON, M. BOUTONNET (dirs), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé*, Paris, Dalloz, 2019, p. 155.

²⁵⁹ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 275 ; G. VINEY, « Rapport introductif » in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 2005, Paris, La Documentation française, 2006, p. 168 ou encore G. VINEY, « Conclusion générale » in F. LEDUC, *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Paris, Economica, 1997, p. 153.

²⁶⁰ Le pouvoir d'usage, de direction et de contrôle selon le célèbre arrêt *Franck* : Cass. ch. réun., 2 décembre 1941, *Bull. civ.*, n° 292, p. 523.

²⁶¹ Dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, la garde s'était trouvée inapte à fonder le lien d'attribution dans le cadre de l'exploitation de l'énergie nucléaire. Alors que dans bien des cas la limitation de la causalité au niveau de la chose instrument du dommage pour l'imputer à qui en avait la garde devait faciliter l'identification de celui-ci, cette démarche apparaissait néanmoins « étriquée » dès lors que devait s'observer « l'imbrication dans laquelle se trouvait les facteurs matériels et humains des activités, qui present dans leur ensemble, se trouvait subordonnée à un homme ou une entité juridique dont elles émanent et à laquelle elles profitent » : voy. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, p. 267. Autrement dit, la garde impliquant le contrôle, la direction et l'usage d'une chose et le risque nucléaire résultant d'une activité, l'insuffisance et la complexité qu'emportait le recours à la notion, par le hiatus possible entre celui qui aurait eu la garde matérielle et celui que l'on se représentait comme devant être responsable, il s'était justifié à ce qu'il soit recouru à la notion plus large d'exploitation. Assurément, il nous sera donné de revenir sur cette question dans le cadre de notre thèse afin d'en expliquer les justifications

du risque de fusion puisse constituer des choses, cette responsabilité même sans faute trouverait rapidement ses limites. Il en va de même de la responsabilité fondée sur le trouble anormal de voisinage.

30. L'insuffisance de la responsabilité pour trouble anormal de voisinage. Des mots de G. VINEY, « les relations entre voisins sont souvent à l'origine de désagrément, nuisance, trouble divers rendus inévitables par la nécessaire coexistence des personnes et la juxtaposition des propriétés »²⁶². Dans ce contexte, de nombreux États ont introduit dans leur droit un régime de responsabilité spécifique permettant aux victimes de tels troubles d'obtenir réparation de leur dommage, « tantôt sur la base d'une disposition légale expresse, tantôt en vertu d'une construction jurisprudentielle originale »²⁶³. Ainsi, la Cour de cassation de française a, très tôt, admis le principe d'une responsabilité reposant sur le « devoir »²⁶⁴ que « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage »²⁶⁵. Ovni du droit la responsabilité civile²⁶⁶, cette règle de responsabilité *même sans faute*²⁶⁷ matérialise ainsi la règle selon laquelle certains troubles entre voisins doivent être supportés sauf ceux excédant la mesure normale dans les relations de voisinage. Doté d'un champ d'application relativement large tant *ratione personae*²⁶⁸ que *ratione materiae*²⁶⁹, cette construction prétorienne permet ainsi de s'en servir comme un fondement pour des demandes en réparation de dommages découlant de la poursuite de certaines

profondes. En l'état, il reste que le constat est relativement partagé : voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 275, 393 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 924 et G. DURRY, « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses », op. cit., pp. 714-715 nuancé par D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 335-336 ; G. VINEY, « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement », *JCP*, 1996, I, 39000 § 34 ou M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2005, p. 473.

²⁶² G. VINEY, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, Paris, LGDJ, 2017, p. 219.

²⁶³ *Ibid.*, p. 219 et rapprochez avec la position de la CEDH sur ce point : B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2015, pp.124-126.

²⁶⁴ N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 251

²⁶⁵ Voy. Civ. 27 novembre 1844, D. 1845, 1, p. 13 et sur l'historique de la consécration de cette règle de responsabilité G. COURTIEU, « Régimes divers – Troubles de voisinage », *JCL Civil code*, fasc. 265-10, 2021, § 1.

²⁶⁶ Le trouble anormal de voisinage est tantôt présenté comme un régime spécial de responsabilité, tantôt comme faisant partie intégrante du droit commun : voy. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations – Responsabilité civile et quasi-contrats*, 4^{ème} éd, Paris, PUF, p. 320 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, op. cit., pp. 220-221 ; F. ROUVIÈRE, « La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage » in J-P. TRICOIRE, *Variation sur le thème du voisinage*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p. 73. ; M. BACACHE-GIBEILL, *Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 2016, p. 798 *contra* L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, op. cit., p. 97 à l'appui de laquelle on pourra relever que le projet de réforme du droit de la responsabilité civile actuellement débattu introduit ce régime dans le Code civil, à la suite des autres faits générateurs que sont la faute et la responsabilité du fait des choses : Sénat, « Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », n° 678, 29 juillet 2020, art. 1243. Pour certains, cependant, ce régime ne devrait sinon exister, ne pas relever de la responsabilité civile : voy. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, t. 3, Paris, PUF relevant l'existence d'une « coutume savante autoproclamée » et P. BRUN, *Droit de la responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 359.

²⁶⁷ Voy. Cass. civ. 3, 16 novembre 1977, n° 76-11874, *Bull. civ. III*, n° 395, p. 301

²⁶⁸ L'application de la théorie des troubles de voisinages n'est pas limitée aux relations entre voisins propriétaires. Elle englobe tous types de voisins, locataires ou occupants légitimes, et peut ainsi viser les exploitants professionnels d'activités diverses : voy. pour un exposé exhaustif D. COURTIEU, « Régime divers – Troubles de voisinage – Application jurisprudentielles », *JCL Civil Code*, fasc. 265-20, 2020, §§ 1 et ss et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 1083-1086

²⁶⁹ La théorie vise toute sorte de trouble allant des bruits de toutes sortes, des fumées, des poussières etc. en provenance de tout type d'activités. Sur un exposé exhaustif de la diversité de la jurisprudence voy. D. COURTIEU, « Régime divers – Troubles de voisinage – Application jurisprudentielles », *JCL Civil Code*, fasc. 265-20, 2020 et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 1087-1092. De plus, le fait d'avoir obtenu une autorisation de l'administration pour l'exercice d'une activité ne saurait exonérer l'auteur du trouble de sa responsabilité, pas plus que le respect de toutes les dispositions légales dans l'exercice de cette activité (sauf cas de la préoccupation comme il le sera vu juste ci-après). À tout le moins cela affectera les modalités de la réparation (*id.* la cessation du trouble), en vertu du principe de séparation des pouvoirs : G. VINEY, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, op. cit., p. 236 ; M. BACACHE-GIBEILL, *Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle* op. cit., p. 798 ; G. COURTIEU, « Régimes divers – Troubles de voisinage », op. cit., § 117 et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 1098-1099.

activités industrielles²⁷⁰. Pour autant, son applicabilité dans le cadre de la réalisation du risque de fusion suscite le doute à plusieurs égards.

Caractérisé par « la gravité et la continuité »²⁷¹, il a en effet souvent été affirmé que la théorie du trouble de voisinage ne saurait s'appliquer « qu'au cas d'inconvénient se prolongeant ou se répétant dans le temps à l'exclusion des accidents — survenant par hypothèse à un moment précis —, lesquels ne pourraient donner lieu à réparation que sur le fondement d'une faute prouvée ou sur celui du fait d'une chose »²⁷². Il est vrai que la Cour de cassation a effectivement pu considérer que des situations dans lesquelles un événement accidentel avait créé un trouble n'auraient fait tomber ce dernier dans l'anormalité qu'en raison du temps écoulé²⁷³. Pourtant, et paradoxalement, rares sont les décisions qui ont refusé d'appliquer la théorie du trouble anormal de voisinage en raison de la nature du trouble²⁷⁴, certaines ayant même reconnu l'indifférence relative au caractère accidentel du dommage²⁷⁵. Or, pour certains, cette approche « extensive » de la notion de trouble de voisinage pourrait s'expliquer par la distinction à opérer entre « l'activité à l'origine du trouble, qui doit être continue, permanente, répétitive ou renouvelée, et le dommage qui en résulte, lequel ne peut être qu'accidentel et instantané »²⁷⁶. Exploitant toute « l'amphibologie » de cette règle qui tend à confondre la cause et la conséquence²⁷⁷, cette vision des choses emporte néanmoins satisfaction sur le plan pratique. Le trouble anormal de voisinage pourrait effectivement trouver à s'appliquer aux activités de fusion. Ainsi, l'exploitation d'une installation de fusion constituerait l'activité « continue » à l'origine du trouble et

²⁷⁰ G. VINEY, « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *op. cit.*, § 8 soulignant qu'il est « le fondement traditionnel le plus utilisé [...] pour trancher les questions de responsabilité liées à des pollutions industrielles ou agricoles ». On a même pu considérer qu'elle aurait pu servir de fondement aux demandes ayant fait suite à l'accident survenu sur l'usine AZF de Toulouse : voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 280.

²⁷¹ G-C. HENRIOT, *Le dommage anormal, Contribution à l'étude d'une responsabilité de structure*, Paris, 1960, p. 32.

²⁷² N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Droit civil français de AUBRY et RAU, Responsabilité délictuelle*, t. VI-2, 8^{ème} éd., Paris, Librairie Technique, 1989, p. 96, et dans le même sens P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 1082 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 354 encore M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations – Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, p. 322 relevant que le trouble doit « présenter une certaine continuité ou tout au moins un caractère répétitif : un bruit ou une nuisance ponctuelle, qui cesse ensuite sans laisser de trace, ne peut donner lieu à responsabilité ; de même les accidents [...] ne relèvent pas en principe des troubles du voisinage, éventuellement de la responsabilité du fait des choses ».

²⁷³ Voy. Cass. civ. 2, 5 février 2004, n° 02.15.206, *Bull. civ. II*, n° 49, p. 40 qui à propos d'arbres abattus pendant la tempête de 1999 et laissés pendant plus de deux ans sur le terrain d'un voisin, que « les troubles qui en raison de leur durée, ne résultaient plus d'un cas de force majeure, excédaient les inconvénients normaux du voisinage ». Il conviendra néanmoins de prendre en considération que l'anormalité du trouble initial aurait pu être excusée par la force majeure, ce qui rend cet exemple peu probant.

²⁷⁴ Voy. G. VINEY, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, *op. cit.*, p. 231. L'auteure relève néanmoins un arrêt qui écarte l'application du trouble anormal de voisinage à un glissement de terrain provenant d'un fonds voisin : Cass. civ. 2, 19 juin 2003, *Bull. civ. II*, n° 200 *contra* Cass. civ. 2, 13 septembre 2007, n° 06-17.992, *Inédit*.

²⁷⁵ Voy. CA Aix-en-Provence, 1^{er} avril 1997, *Juridata* n° 1997-043650 disposant que la responsabilité pour trouble anormal de voisinage « n'est pas une responsabilité subsidiaire, susceptible d'être mise en œuvre seulement à défaut d'application des articles 1382 et 1384 du Code civil ; elle concerne aussi bien les dommages accidentels et ceux qui ne sont pas continus ».

²⁷⁶ M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 796 et M. LARROUMET, obs. D. 1977, IR, p. 437 pour qui c'est « l'origine du trouble » qui doit consister en une situation permanente ou renouvelée et rapprochez N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Droit civil français de AUBRY et RAU, Responsabilité délictuelle*, p. 97, note 178, questionnant : « serait-il logique que le propriétaire qui fait détruire son bâtiment par un entrepreneur soit mieux traité, au regard du voisinage, si cette démolition a lieu d'un seul coup, que si elle est réalisée pierre à pierre ? ».

²⁷⁷ G. COURTIEU, « Régimes divers – Troubles de voisinage », *op. cit.*, § 13. Le trouble anormal de voisinage ne supposant que la réunion de trois éléments (l'existence d'un trouble, l'anormalité de ce trouble et, enfin, une relation de voisinage), l'anormalité du dommage absorbe les conditions traditionnelles de la responsabilité. Comme le souligne Gérard CORNU, *Droit civil*, tome 1, Paris, Montchrestien, 1995, n° 1094 : « purement matériel le trouble de voisinage répond à un critère objectif du résultat ». Pour autant, on ne pourrait se satisfaire de le considérer que par la seule anormalité du dommage, car tout dommage est en principe anormal (mais non *anormalement causé*, comme on le verra au sein de notre thèse) : voy. ainsi C. BIZET, « Les troubles du voisinage : définition et régime » in L. THIBIERGE (dir.), *Avant-projet de loi Réformes de la responsabilité civile. Analyse et contre-propositions*, Université Paris-Ouest Nanterre La défense, 2016, pp. 24-25 ou encore B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2020, p. 184 : « si la majorité des auteurs s'accordent à penser que le critère en présence est l'anormalité du dommage, encore faut-il faire le lien avec le trouble anormal. La relation intéresse, car il faudrait se garder de considérer ces deux notions comme synonyme, bien qu'elles soient en la matière, souvent employées indifféremment. Aussi doit-on admettre que le trouble, fait matériel brut (odeur, fumée, bruit...) précède le dommage, dont il apparaît comme la cause génératrice ».

la réalisation du risque nucléaire (*id.* l'accident) constituerait le trouble. Le caractère intrinsèquement anormal de la réalisation du risque nucléaire permettrait ainsi aux victimes d'obtenir réparation selon une application tout à fait banale du droit de la responsabilité civile. C'est d'ailleurs à cette conclusion que semblait parvenir la Cour d'appel de Paris dans le cadre d'un arrêt concernant l'incident survenu sur le site nucléaire du Tricastin²⁷⁸. Cette première difficulté pouvant être surmontée, mais au prix éventuel d'une déformation de la règle et sans certitude quant à son application, il n'en reste pas moins que le trouble anormal de voisinage suppose d'autres conditions susceptibles d'en réduire l'intérêt.

D'une part, outre la théorie limitatrice de la préoccupation²⁷⁹, le trouble anormal de voisinage reste limité à l'hypothèse d'inconvénient engendré par un fonds. Derechef, les activités de fusion ne se limitent en effet pas nécessairement à l'exploitation d'une installation immobilière si bien qu'il serait des hypothèses dans lesquelles la responsabilité engagée sur ce fondement pourrait se trouver limitée. D'autre part, cette règle suppose une relation de voisinage entre le responsable et la victime. Par essence, elle est donc « géographiquement bornée »²⁸⁰. Dès lors, cette limitation pourrait poser quelques difficultés dans le cadre de l'application de la théorie à un événement nucléaire de fusion, dont on ne saurait aujourd'hui estimer l'ampleur possible²⁸¹. Certes, la notion est entendue largement. Elle n'impose pas de contiguïté matérielle, mais une simple proximité géographique raisonnable autorisant à faire le lien entre le dommage et sa source²⁸². Question de fait, l'appréhension du voisinage dépend donc principalement de la portée de la nuisance et de la perception que peut en avoir celui qui s'en plaint. Est-ce néanmoins suffisant pour affirmer l'application de la théorie dans le cadre d'un événement nucléaire de fusion dont les conséquences pourraient dépasser les frontières

²⁷⁸ Voy. CA Paris, 22 novembre 2013, n° 12/09492. En l'espèce, un domaine vinicole avait sollicité la réparation des conséquences dommageables d'incidents étant survenus sur ledit site situé à proximité du domaine. Or les plaignants alléguaient l'existence de dommages qui n'étaient alors pas couverts par la Convention de Paris obligeant alors le plaignant à formuler sa demande sur un autre fondement. La Cour avait alors considéré que « la responsabilité résultant des troubles de voisinage peut être engagée sans aucune faute prouvée, seule devant être rapportée l'existence d'un *dommage actuel et certain résultant d'un trouble dont l'anormalité doit être appréciée en fonction de sa réalité*, de sa nature et de sa gravité, en fonction des circonstances, notamment de lieu et d'environnement, propres à l'espèce [...] la société plaignante serait bien fondée à solliciter l'indemnisation du préjudice lié au risque de pollution nucléaire *du fait des installations voisines qui ne peut être considéré comme normal* ». Cette solution pourra d'ailleurs être rapprochée de l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Temelin* concernant des nuisances causées à des terrains agricoles en Autriche du fait de l'exploitation d'une centrale nucléaire implantée en République tchèque. S'il ne relevait pas de la compétence de la Cour de se prononcer sur la réalité de l'anormalité du trouble, la prétention du demandeur s'appuyait néanmoins sur le fait que la centrale tchèque provoquait des nuisances par les effets des rayonnements ionisants occasionnés par la centrale « excéd[ant] les effets ou les risques normalement liés à l'exploitation d'une centrale nucléaire exploitée selon l'état reconnu de la technique ». Or cette situation pourrait s'apparenter à l'hypothèse d'un incident nucléaire : voy. CJCE, 18 mai 2006, *Land Oberösterreich c. CEZ*, n°C -343/04, *Rec. CJCE*, p. I—04557, § 39.

²⁷⁹ Aux termes de l'article L113-8 du *Code de la construction*, il existe une forme de « privilège d'antériorité » aux exploitants professionnels de certains types d'installations agissant conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Ainsi, une personne ne peut fonder une action en responsabilité sur le fondement d'un trouble anormal de voisinage si elle s'est installée postérieurement à l'établissement de l'activité. Très vivement critiqué par la doctrine, cette disposition a néanmoins fait l'objet d'une validation constitutionnelle : CC, n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *Michel Z. et autres*, *JO*, 9 avril 2011, p. 6361. On pourra néanmoins douter qu'elle s'applique en cas d'accident nucléaire de fusion. En effet, la théorie de la préoccupation ne vaut que tant que l'activité antérieure s'exerce dans le respect des prescriptions administratives et se poursuit dans ces conditions. Or, il y a peu à parier qu'un accident nucléaire puisse correspondre à cette condition : voy. Cass. civ. 2, 5 octobre 2006, n° 255. De plus, le texte fait l'objet d'une interprétation très restrictive : voy. F-G. TRÉBULLE, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et préoccupation », *RDI*, 2011, pp. 369 et ss et G. COURTIEU, « Régimes divers – Troubles de voisinage », *op. cit.*, §§ 94 et ss. Il n'en demeure pas moins que cette théorie participe à assoir le fait que l'hypothèse d'un accident ne devait vraisemblablement pas être l'apanage initial de cette théorie.

²⁸⁰ Voy. G. COURTIEU, « Régimes divers – Troubles de voisinage », *op. cit.*, § 47.

²⁸¹ Voy. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²⁸² Voy. B. GRIMONPREZ, « Le voisinage à l'aune de l'environnement » in J-P. TRICOIRE, *Variation sur le thème du voisinage*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p. 145. L'auteur fait ainsi référence à des arrêts dans lequel la Cour de cassation avait pu relever une transformation de l'environnement résultant de l'atteinte à l'harmonie d'un paysage — notamment une ligne de crête — affectant les conditions d'habitabilité d'une maison : Cass. civ. 2, 29 novembre 1995, n°93-18.036, *Bull. civ. II*, n° 298, p. 175 ; Cass. civ. 2, 24 juin 1999, n° 97-18365, *Inédit*.

des États ? Peut-on faire dépendre le sort des victimes de la notion de voisinage²⁸³, c'est-à-dire d'une notion imprécise qu'aucune norme universelle ne permet de chiffrer et qui « emporte en elle-même une capacité d'extension illimitée »²⁸⁴. Assurément, « avec le rétrécissement de la planète la notion même de voisinage tend à s'étendre : ne sommes-nous pas devenus les voisins de l'Ukraine depuis que la catastrophe de Tchernobyl nous a envoyé des radiations ? »²⁸⁵. Peut-être est-ce « la nuisance et non la distance qui fixe les frontières d'une interdépendance désormais affranchie des contraintes de la proximité géographique »²⁸⁶ ? Néanmoins, cette flexibilité confirme le plein d'incertitudes relatif à ce régime qui ne devait initialement pas avoir été envisagé pour réceptionner les dommages résultant de la réalisation du risque technologique, et encore moins d'un risque technologique susceptible d'emporter des événements de grande ampleur. Or il ne saurait être question de laisser les victimes futures et probables du risque nucléaire de fusion à la merci d'une règle dont l'application ne résulterait que de sa distorsion. Cela nous autorise donc à conclure à son insuffisance, et par-delà elle, à l'insuffisance des solutions juridiques résiduellement applicables aux dommages de fusion nucléaire, confirmant dès lors l'exclusivité présumée du régime de responsabilité civile nucléaire pour réceptionner ce risque nouveau.

31. Constat au terme de la première Section. Arrivé à ce stade de l'introduction, l'objet de notre étude comme son intérêt apparaît clairement. Le propos ici conclu devait en effet avoir été introduit par la formulation du problème se trouvant au fondement de notre thèse et tenant lieu de postulat : celui selon lequel, le développement des activités de fusion nucléaire questionne la capacité du droit à faire face aux activités créatrices de risques inédits et à l'égard desquelles il convient de s'assurer qu'une juste réparation sera accordée aux victimes en subissant les réalisations. Ainsi, le lecteur ne pourra qu'être convaincu que ce questionnement s'avère légitime, et qu'il dépasse le simple constat de l'exclusion des activités de fusion d'un régime de responsabilité que l'on pensait pourtant suffisamment abouti pour faire face aux dangers de l'énergie atomique civile. À la vérité, ce problème se pose parce que spécifiquement les activités de fusion sont exclues du régime de responsabilité civile nucléaire. Au sein d'un droit fragmenté, le risque nucléaire de fusion ne trouve en effet pas sa place. À force de vouloir favoriser le sort des victimes des risques technologiques, l'émetteur de droit national, et par-dessus lui, l'émetteur de droit international, a tenté d'apporter des réponses au gré de mécanismes variés allant de la création de régimes internationaux de responsabilité destinés à

²⁸³ Voy. P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 1082 pour qui « ce qui compte, c'est la réalité d'une nuisance émanant d'une propriété [d'un fonds] dans le voisinage au sens courant du terme ». Le dictionnaire ROBERT définit ainsi le voisinage comme étant « l'état de proximité d'un lieu, d'une personne ou d'une chose, par rapport à une chose ou à un lieu ». Le dictionnaire LAROUSSE, quant à lui, le définit comme une « proximité dans l'espace », la proximité étant la « situation de quelqu'un, de quelque chose qui se trouve à peu de distance de quelqu'un, de quelque chose d'autre, d'un lieu ».

²⁸⁴ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 1998, p. 445.

²⁸⁵ P. VILLIEN, « Vers une unification des régimes de responsabilité en matière de troubles de voisinage dans la construction immobilière », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1999, p. 1 et dans le même sens B. GRIMONPREZ, « Le voisinage à l'aune de l'environnement », op. cit., p. 146 : « il est de plus en plus difficile de tracer les frontières du voisinage. Le voisin est dorénavant celui qui est exposé au trouble. La géographie du voisinage se modifie à mesure que l'échelle des pollutions grandit. Avec Tchernobyl, et peut-être Fukushima aujourd'hui, le monde s'est rétréci à la taille d'un village. La proximité, à force de relativisme, a cessé d'être une condition absolue. Quant à l'interdépendance censée caractériser les relations voisines, elle devient purement artificielle ».

²⁸⁶ F.G. TRÉBULLE, « Voisinage d'une centrale nucléaire : enseignements sur la théorie des troubles du voisinage dans un contexte international », *RDI*, 2006, n° 5, pp. 356-359. L'auteur fait ainsi référence l'affaire *Temelin* dont la teneur a été exposée *supra* note n° 278, et dans laquelle la CJCE ne semblait avoir été nullement gêné par l'éloignement des fonds : voy. CJCE, 18 mai 2006, *Land Oberösterreich c. CEZ*, n°C -343/04, op. cit.

l'harmonisation des droits internes à la mise en place de régimes d'indemnisation réputés détachés de toute logique de responsabilité et dont l'efficacité vis-à-vis des dommages de fusion aurait, en sus, été douteuse. La diversité des réponses apportées étant contingentes de la multiplicité des occurrences de dommages, elle démontre ainsi l'existence d'un « législateur à la remorque »²⁸⁷ et d'un « droit en miettes »²⁸⁸ dont les seuls ilots subsistants ne suffisent pas à relever le niveau à raison d'une insuffisance conjoncturelle ou technique. À trop vouloir embrasser, les rivages sont donc venus à manquer à la mer²⁸⁹.

Partant, le lecteur comprendra également la raison pour laquelle, face à ce problème, une modification du régime de responsabilité civile nucléaire aux fins d'inclure les activités de fusion en son sein devait apparaître comme une solution prédominante. Pourtant, et en dépit de l'exclusivité que semble lui imposer ce succinct étalage du droit contemporain, il est une autre voie qui s'ouvre. À contempler ce lacs de texte, ce foisonnement désordonné du droit positif, on se prendrait effectivement à rêver avec d'autres, sinon à un droit uniforme des accidents, à tout le moins à un droit autorisant une approche holistique du risque technologique que les activités de fusion nucléaire pourraient nous donner l'occasion de concrétiser. Tel est du moins ce qui pourra ressortir de la présentation de la thèse.

SECTION 2. LE TRAITEMENT DE LA QUESTION AU FONDEMENT DE LA RECHERCHE

32. « La simplicité est la complexité résolue ». La question à l'initiative de cette étude – *comment organiser la réparation des dommages résultant de la réalisation du risque nucléaire de fusion ?* – est aussi simplement formulée que la réponse susceptible de lui être apportée s'avère complexe. Par-delà cette formulation sommaire, il est en effet des difficultés considérables suscitées par un droit en perte d'unité qui participent à cerner la véritable problématique à laquelle cette thèse se proposera de répondre (§ 1) ainsi que la méthodologie adoptée et le cadre d'étude choisi pour ce faire (§ 2), avant d'en présenter la formulation et la dichotomie centrale (§ 3).

§ 1. La problématisation du sujet

33. Appréhension générale : l'existence d'un dilemme. Le développement des activités de fusion nucléaire est source d'une situation scientifique nouvelle de laquelle le juriste ne peut se désintéresser. Source d'une situation juridique nouvelle, le problème n'est, à la vérité, pas inédit. Comme le souligne Jean-Louis BERGEL, « des situations imprévisibles ou exceptionnelles surgissent en toutes matières et les situations pour lesquelles la loi a été conçue se transforment vite »²⁹⁰. Dans cette hypothèse,

« le législateur est placé devant une alternative. Soit il multiplie des dispositions spéciales, selon une méthode casuistique, pour régler des cas précis, ce qui implique que la solution de situations nouvelles ou originales non réglées exige néanmoins une interprétation des textes pour en combler les lacunes. Soit il procède par dispositions générales susceptibles d'absorber la multiplicité et la

²⁸⁷ F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », *op. cit.*, p. 50.

²⁸⁸ A. TUNC, « Le droit en miettes », *op. cit.*

²⁸⁹ Nous empruntons cette image à M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 5.

²⁹⁰ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, Fondamentale et appliquée*, 3^{ème} ed., Paris, PUF, 2018, p. 253.

plasticité des faits, ce qui suppose de les interpréter et de les préciser pour les appliquer à des situations particulières ».

À bien des égards, ces mots soulignent l'alternative dans laquelle nous place le sujet ici traité. Or, c'est précisément cette alternative qui singularise la problématique qui sous-tend la présente thèse. Dans le cadre des activités de fusion, le choix entre le spécial et le général n'est effectivement pas un choix aisé. Pour l'un comme pour l'autre, les solutions en résultant sont sources de questionnement.

34. Le choix du particularisme. L'on pourra désormais aisément affirmer que l'utilisation de l'énergie nucléaire a permis, plus que toute autre technologie lui étant contemporaine, la prise en compte par le droit du risque majeur. La pénétration de la technique a permis de conférer à ce droit « un caractère extrêmement concret »²⁹¹ moteur d'une évolution générale et naturelle d'un droit qui, sorti de « l'âge métaphysique », « ne consiste plus à mettre en œuvre un dogme, un postulat [mais] un appareil, dont le rôle est de donner satisfaction par les mécanismes efficaces, aux besoins ressentis, c'est-à-dire aux fins générales d'humanité »²⁹². Dès lors, si le régime de responsabilité civile nucléaire devait permettre de « satisfaire » les « besoins ressentis » par les victimes futures et potentielles du risque nucléaire de fusion, la question serait vite répondue. Pour autant, nous l'avons déjà relevé, une conclusion trop rapidement opérée sur ce point relèverait de la démagogie. Parce que le juriste a tendance à opérer par analogie, il doit avant tout questionner la rupture que constitue son objet d'étude dans le champ de la réflexion juridique parce que son rôle est

« de relever les éléments juridiques aux prises avec les faits et les ayant déjà partiellement subjugués, mais dont le triomphe n'est jamais complet. Il doit donc, dans chaque domaine, rechercher quelles sont les *fins* que le Droit doit s'assigner, et quelles sont les *données techniques* qu'imposent les particularités de l'objet à régir »

Ce n'est qu'alors qu'il devra en résulter « l'indication des *procédés* juridiques qui sont appropriés pour tendre à ces fins en tenant compte de ces caractéristiques de la matière »²⁹³. Dès lors, l'application du régime de responsabilité civile nucléaire au risque nucléaire de fusion ne saurait se justifier que dans la mesure où les prescriptions dudit régime (*les procédés*) trouvent une application opportune (*une fin*) à ce nouvel objet juridique que constituent les dommages susceptibles de résulter de la réalisation de ce risque, et cela eu égard à sa nature (*donnée techniques*). Cette réflexion s'impose car les conséquences juridiques qui résulteraient d'une réflexion biaisée ne seraient pas sans importance.

En effet, par-delà les atouts que l'on confère au régime de responsabilité civile nucléaire, ce dernier n'est pas dénué d'imperfection, d'aucuns n'hésitant pas à en remettre en causes ses caractéristiques. Surtout il n'est pas dénué de contraintes résultant particulièrement de l'ordre juridique au sein duquel il a été élaboré. Étendre le régime de responsabilité civile nucléaire au risque de fusion nucléaire imposerait en effet une modification des sources de celui-ci, autrement dit une mobilisation du droit international public dont l'horizontalité lui confère un certain statisme et une faible capacité à faire

²⁹¹ A-S. MILLET, *Invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, op. cit., p. 559.

²⁹² R-E. CHARLIER, « Questions juridiques soulevées par la science atomique », op. cit., p. 223-223.

²⁹³ *Ibid.*, p. 222-223.

face aux besoins de rapidité et de souplesse qui caractérisent les sociétés contemporaines²⁹⁴. Surtout, étendre le régime de responsabilité civile nucléaire au risque nucléaire de fusion sans justification imposerait d'entretenir une logique de particularisme dont l'exposé préalable de l'objet de notre recherche n'a pu que démontrer les vicissitudes. Dès lors, si l'application du régime de responsabilité civile nucléaire au risque de fusion nucléaire ne devait trouver aucune justification, la tentation de lui élaborer un régime « sur mesure » présenterait le risque de ne jamais sortir du diallèle énoncé. Ici apparaît alors le second versant de l'alternative : celui de la généralisation.

35. Le choix de la généralité. En 1990, Jean-Marc RAINAUD écrivait que « que le droit de la responsabilité civile nucléaire av[ait] créé les conditions de son dépassement » et que se « substitu[ait] progressivement à la notion de risque technologique majeur celle plus large d'activité dangereuse »²⁹⁵. Avec le développement de la fusion nucléaire, il faut peut-être envisager que le temps de ce dépassement est finalement arrivé et que le risque nucléaire de fusion est peut-être le moteur d'une réception plus systémique des dommages résultant du risque technologique, fruit d'une évolution « rapide, incessante et imprévisible »²⁹⁶. Le réquisitoire n'a rien d'incongru tant une approche globalisée autoriserait à pallier les carences « les plus criardes »²⁹⁷ des solutions de fortune utilisées jusqu'alors pour combler les lacunes techniques créées et dont seront susceptibles de souffrir les victimes du risque nucléaire de fusion, mais également, par-dérrière elles, toutes celles « qui ne manqueront pas d'être confrontées à des fléaux aujourd'hui inconnus » et pour lesquelles le système existant n'aura guère qu'une solution juridique insuffisante « ou une énième loi spéciale, à proposer comme réponse »²⁹⁸. Terrain privilégié de l'étiolation du droit de la responsabilité, la cyndinique pourrait ainsi et naturellement devenir le terrain d'une nouvelle unité à l'image du *jus in artem redigere* de CICÉRON.

Toutefois, il faudrait encore être sûr tant des vertus que de la forme d'un tel « traitement de choc »²⁹⁹. D'une part, il n'est pas certain que « l'uniformité constitue la juste réplique au chaos actuel »³⁰⁰. S'ils sont « heureux ceux qui sauraient se contenter de la Loi qui leur a été donnée en dix articles, ou même – puisque c'était déjà trop pour leur faiblesse – du sommaire qui leur a été proposé en dix commandements [...] c'est des lois humaines qu'il est question ici »³⁰¹. Aussi, et en dépit des faiblesses et des dangers que l'on attribue au particularisme, il doit être reconnu que l'élaboration de régimes spéciaux à l'instar du régime de responsabilité civile nucléaire permet de prendre en compte des particularités de secteurs d'activités et de développer les conditions économiques d'une intervention présumée efficace dans la réparation des dommages³⁰². D'autre part, il faudrait s'entendre sur la forme

²⁹⁴ Sur la démonstration de ce constat, voy. *infra* Partie I, Titre I.

²⁹⁵ J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, *op. cit.*, p. 121.

²⁹⁶ J. FRAYSSINET, « Droit, droits et nouvelles technologies », Rapport présenté au 30^{ème} congrès de l'Institut international de Droit d'expression et d'inspiration Françaises, Le Caire, décembre 2006, p. 1.

²⁹⁷ T. BÉGUIN, J.-M. REBER, « Document rendu au nom du Conseil d'État dans le cadre de la consultation sur la « Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile », Neuchâtel, 25 avril 2001, p. 3

²⁹⁸ C. RADÉ, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile (2.) », *D.*, 1999, p. 313

²⁹⁹ P. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 464.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2^{ème} éd., Paris, Défrénois, 1995, p. 307.

³⁰² Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 332-233.

que pourrait prendre cette réforme d'ampleur. Si nombreux ont été ceux qui se sont pris à rêver d'une approche holistique du risque technologique, l'ardeur partagée a été portée sous des formes divergentes, et le discours s'est régulièrement orienté vers un « droit des accidents » détaché de toute logique de responsabilité dans sa définition la plus classique³⁰³. Il faut dire que la tolérance de la responsabilité pour accueillir en son sein les altérations traduites dans les dispositions exorbitantes des régimes spéciaux – à l'instar du régime de responsabilité civile nucléaire – pourrait constituer une preuve intangible de l'inadéquation de la matière pour réceptionner le risque technologique³⁰⁴. Parce que l'aléa du risque ou le caractère collectif susceptible de le caractériser « chasserait »³⁰⁵ l'essence de la responsabilité fondée initialement sur le rapport à un comportement, soustraire ces questions à la responsabilité permettrait dans le même temps de lui redonner le fondement subjectif qu'elle aurait eu tendance à délaissier. Nous avons pourtant l'intime conviction que l'institution de la responsabilité pourrait encore faire œuvre dans ce domaine au prix de quelques explications, adaptations, rénovations et concessions. Si tant est que l'espoir ait été mal nourri, le plaidoyer n'aura jamais été vain. Comme le souligne Jérôme JULIEN, « le travail doctrinal, et en particulier celui d'une thèse, n'a pas pour but d'arriver, que de montrer un chemin possible »³⁰⁶, voire, dans une logique Poppérienne, de conforter une autre hypothèse.

36. Formulation de la problématique. De cette alternative se dessine donc la problématique qui sous-tend notre thèse. Dans la réception du risque nucléaire de fusion et dans le droit de la réparation des dommages que sa réalisation pourrait engendrer, le problème réside principalement dans l'infirmité ou la confirmation du postulat selon lequel « toute singularité n'est pas putative et toute

³⁰³ Certaines études entreprises dans le domaine ont favorisé le cadre de la responsabilité pour ce faire. On pourra ainsi penser aux articles contenus dans les deux projets de réforme du droit de la responsabilité civile non aboutis que sont le Projet CATALA et le Projet TERRÉ dont l'étude se tiendra dans le corps de la thèse. Simplement, le premier proposait de créer un nouveau fait générateur de responsabilité du fait des activités anormalement dangereuses. Le second proposait la création d'une règle de responsabilité du fait des installations classées : voy. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, op. cit., art. 1362 et P. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., art. 23. En doctrine, on pourra relever la thèse de droit comparé de G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, op. cit. ainsi que celle de responsabilité civile de L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., mais également l'approche adoptée par les rédacteurs des Principes européens du droit de la responsabilité civile comme fruit du travail de l'European Group of Tort Law : voy. PETL, art. 5 :101 et B. A. KOCH, « Art. 5:101. Activités anormalement dangereuses » in O. MORETEAU (dir), *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Paris, Société des législations comparées, 2011, pp. 151-158. Dans le droit international, on pensera à la thèse de P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, op. cit. ainsi qu'aux travaux de la Commission du droit international ayant été conduit sur ce point et qui ont mené à CDI, « *Projet de principes sur la répartition des pertes en cas d'activités dangereuses* », ACIDI, 2006, vol. II(2). Pour revenir au droit interne, le sujet a également été l'objet de propositions plus diffuses voy. pour exemple M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, op. cit., pp. 582 et ss ou encore J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, op. cit., pp. 712 et ss. D'un autre côté, les auteurs sont nombreux qui plaident pour un abandon de la responsabilité dans ce domaine : voy. pour exemple (la liste n'est pas exhaustive) P. PIERRE, *Vers un droit des accidents : contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, thèse, Université de Rennes, 1992, 460 p. ; L. MOURGEON, « Pour la suppression de la responsabilité civile en cas d'accident et son remplacement par l'assurance dommage », *JCP G*, 1981, I, 3050 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 100 défendant de longue date l'idée d'un dommage à l'indemnisation des dommages corporels bien que faisant plutôt référence à un système de sécurité sociale automatique ; C. RADÉ, « Responsabilité et solidarité : proposition pour une nouvelle architecture », *R.C.A.*, 2009, n° 3, dossier 5, §§ 23-24 ; C. RADÉ, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, p. 2252 ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « Propositions de suppression de la responsabilité au profit d'une socialisation des risques par d'autres moyens », *Gaz Pal.*, n° 218, pp. 25-2 ou encore, plus indirectement, C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, Paris, LGDJ, 2008, 414 p. et A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Paris, L'Harmattan, 2008, 461 p.

³⁰⁴ L'étude du régime de responsabilité civile nucléaire pourra d'ailleurs participer à confirmer cette assertion quand il n'apparaît pour certain comme n'étant, nonobstant son nom, qu'un mécanisme détaché de toute logique de responsabilité ou à tout le moins un régime mixte éloignant : voy. J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, op. cit., p. 318 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 238-239 ; F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : bilan prospectif*, op. cit., p. 51 ou encore J.-L., AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, Paris, Sirey, 2011, p. 101.

³⁰⁵ M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, op. cit., pp. 586-589

³⁰⁶ J. JULIEN, « Préface » in L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 12.

différenciation n'est pas à bannir »³⁰⁷. Il impose ainsi la réponse à la question de savoir, d'une part, si « l'atomisation » qualitative et quantitative du droit de la responsabilité n'a constitué qu'une « conséquence naturelle du particularismes technologiques »³⁰⁸ de telle sorte que ni l'état des connaissances scientifiques ni la diversité des risques ne peuvent être ignorés, et cela que ce soit dans l'extension comme dans l'élaboration des règles de responsabilité déterminant la réparation des dommages causés dans l'exercice d'activités formant le tissu de la vie sociale, à l'instar des activités de fusion nucléaire.

§ 2. Le traitement méthodologique de la problématique

37. Plan. En raison de la particularité de l'objet de l'étude et la problématique en résultant, l'exposé de la méthodologie doit se décliner dans l'exposé de la méthodologie employée pour y répondre (A.) mais également dans le domaine du droit dans lequel s'inscrit cette réponse (B.).

A. Une mobilisation finaliste et pragmatique du droit

38. Une approche technique et pragmatique. Il est difficile de déterminer la méthode employée dans le traitement de ce sujet, car la problématique pourrait être considérée comme étant posée en termes d'opportunité. Néanmoins, « il n'est pas interdit de penser qu'un modèle en vaut bien un autre et que celui qui est en place se défend par-delà les critiques et ses propres limites »³⁰⁹. Pour cela, on pourra affirmer en premier lieu que cette thèse invite le lecteur à la lire comme un cas pratique, dès lors qu'elle vise initialement à apporter une solution à un problème factuel bien déterminé. Dans une certaine mesure, elle emprunte donc une approche pragmatique³¹⁰. Le droit est envisagé ici comme un « appareil » dont le rôle est de donner satisfaction par des mécanismes efficaces, aux besoins ressentis : garantir une réparation adéquate aux victimes d'un accident résultant de la réalisation du risque nucléaire de fusion. Partant de ce constat, une partie de ce travail est donc fondée sur la méthode de « technique juridique » car il vise à « exposer l'état du droit tel qu'il existe et à déterminer le contenu »³¹¹. Cela n'est pas cependant sa seule approche puisqu'il a pour but de proposer une ou plusieurs solutions au problème posé, lesquelles obligent à tant à dépasser l'étude du seul droit positif qu'à revenir à ses origines. Ainsi, si l'exposition *de lege lata* du droit permet d'identifier les points nodaux de la réflexion juridique, il faut encore recourir à d'autres procédés pour parvenir au résultat escompté *de lege ferenda*.

39. Une étude « généalogique » et prospective. L'étude reposera en partie sur un examen du régime de responsabilité civile nucléaire aux fins d'arbitrer l'opportunité de l'application de ce régime au risque nucléaire de fusion. Or, pour parvenir à cet arbitrage, la méthode oblige à la fois à retracer et à prospecter. Il faut dans un premier temps retracer les raisons d'existence du régime de responsabilité

³⁰⁷ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 464.

³⁰⁸ P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, Paris, LGDJ, 1974, p. 252.

³⁰⁹ C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Paris, Dalloz, 2011, p. 26.

³¹⁰ Voy. B. FRYDMAN, « Le droit comme savoir et comme un instrument d'action dans la philosophie pragmatique », *RRJ*, 2017, n° 5, pp. 1807-1821, sp. pp. 1815 et ss

³¹¹ O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 23.

civile nucléaire et la pertinence des solutions qu'il propose aujourd'hui au sein d'un droit ayant lui-même muté : cette méthode se rapproche ainsi de celle de la « généalogie »³¹². Dans un second temps, il faut prospecter – sans pour autant spéculer – sur le risque de fusion nucléaire et, partant, sur les conditions et le bien-fondé de l'application dudit régime à celui-ci. Même lorsque le champ de la réflexion s'élargit, la méthode change peu. Certes, le risque nucléaire de fusion conduira à envisager une systématisation obligeant à imaginer de nouvelles règles destinées à organiser la réparation des dommages résultant de sa réalisation. De telles propositions ne peuvent néanmoins être formulées qu'à raison d'une étude de l'état du droit et des solutions existantes, car il ne se produit rien au cours de l'évolution que nous ne puissions qualifier d'absolument nouveau : « ce qui fut sera, ce qui s'est fait se refera, et il n'y a rien de nouveau sous le soleil »³¹³. Plus encore, elles ne peuvent être formulées sans revenir sur une analyse des tentatives déjà opérées en ce sens, lesquelles conduisent d'ailleurs à la présentation des limites du cadre de cette étude au carrefour de plusieurs droits.

B. Une mobilisation encadrée du pluralisme juridique

40. Un traitement du pluralisme juridique inévitable. En raison de l'objet qui sous-tend cette thèse, celle-ci se trouve au carrefour du droit et de la science et au carrefour de différents droits. Elle se situe au carrefour du droit et de la science car l'appréhension du risque nucléaire de fusion pourra obliger des développements scientifiques succincts utiles à la compréhension du propos. Elle se situe également au carrefour de différents droits car l'énergie atomique constitue déjà un facteur de « pluralisme juridique mondial appliqué »³¹⁴. Du fait de l'interdépendance entre le droit national et le droit international marquant le régime de responsabilité civile nucléaire, mais également de la nature du risque soumis à l'étude, l'étude devra mobiliser le droit interne, le droit international public général ou encore le droit de l'Union européenne à travers la convocation, par exemple, du droit international privé. Même dans l'ordre interne, la question de la réparation des dommages résultant du risque nucléaire de fusion pourra conduire à une appréhension tant du droit public que du droit privé comme conséquence – mais pas que – du caractère « carrefour » du droit nucléaire demeurant résiduellement applicable aux activités de fusion. Cela étant, il faudra toutefois être clair sur le cadre principal de cette étude. D'une part, et par-delà l'objet de notre thèse qui autorise l'introduction de diverses branches du droit, celle-ci ne sera pas le lieu d'une réflexion théorique sur les ordres juridiques. D'autre part, par-delà les interférences entre les droits que supposera le traitement du sujet, cette thèse restera principalement envisagée par le prisme du droit français, et notamment du droit français de la responsabilité civile.

³¹² Voy. C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, op. cit., p. 26 : « généalogie est un mot bien savant pour qualifier ce que les juristes font assez naturellement. Au sens classique, bien sûr, où il convient de rechercher les ancêtres et la filiation d'une famille [...] la généalogie n'est pas une méthode juridique pratiquée consciemment. On ne saurait pour autant ne pas l'entrevoir en histoire du droit, en philosophie du droit, mais également dans les recherches sur le droit dogmatique » et H. BIRAULT, « Étude de l'aphorisme 344 du Gai Savoir », *Revue de métaphysique et de morale*, janvier/mars 1962, p. 52 : « Généalogie dit plus que genèse. La généalogie est autre chose que la génétique. Le point de vue du généalogiste est un point de vue critique, son souci est de déterminer l'origine et la légitimité d'un droit, d'une prétention, d'un titre, d'une prérogative ».

³¹³ *Ecclésiaste*, I. 9.

³¹⁴ J.-S. BERGER, *L'application du droit national, international et européen*, op. cit., p. 1 et supra note 84.

41. Un traitement du pluralisme juridique auxiliaire. Le lecteur a été averti d'une limitation de l'étude de droit interne au seul droit français, et principalement au droit civil. La lecture de cette introduction l'a, sinon justifié, à tout le moins montré. Même si la lecture du corps de la thèse pourra, en toute hypothèse, conforter ce « choix imposé », cette précision mérite d'être expliquée au préalable quitte à dévoiler de son contenu. Indépendamment du fait que la France puisse être directement concernée par le problème situé au fondement de la recherche³¹⁵, elle tient surtout à la proposition de systématisation que sous-tend notre thèse. Ainsi, une première raison tient au fait qu'une telle entreprise dans le droit international public serait source d'un échec certain. Nous avons ainsi évoqué le cas de la Convention de Lugano dont le large champ d'application – à la lecture néanmoins complexe – aurait autorisé l'inclusion du risque nucléaire de fusion³¹⁶. Mais nous avons également évoqué que cette dernière n'était jamais entrée en vigueur en raison d'un champ d'application considéré comme trop large³¹⁷. Or cette convention n'a pas été la seule tentative opérée en ce sens. Pendant près d'une trentaine d'année, la Commission du droit international a travaillé sur les questions de responsabilités relatives à la réparation des dommages causés par les activités considérées comme dangereuses. Si ces travaux avaient moins vocation à harmoniser les droits internes qu'à envisager une responsabilité internationale *sine delicto* de l'État dans ce domaine, le résultat n'en est pas moins resté le même. Il a matérialisé un abandon par le droit international de toute approche holistique en la matière en reléguant la question à la compétence des législateurs nationaux, et résiduellement aux mécanismes du droit international privé³¹⁸. La seconde raison est que cette approche holistique du risque technologique, parce qu'elle est « sinon vieille comme le droit de la responsabilité, du moins vieille comme les codes européens »³¹⁹, a en réalité déjà été le fait de certains droits étrangers s'étant inscrits à rebours du droit français³²⁰. Aussi, ces dispositions sur lesquelles on aura l'occasion de revenir renforce l'intérêt d'inscrire la recherche dans notre droit, au sein duquel les propositions formulées n'ont jamais abouti³²¹. La troisième raison, qui concerne davantage l'aspect civiliste de l'étude, tient à notre volonté d'affirmer que la responsabilité devant résulter de la réalisation du risque nucléaire de fusion, et par-dessus lui, du risque technologique doit incomber aux créateurs de risque les plus directs, lesquels sont bien souvent des personnes

³¹⁵ Nous faisons référence au fait que l'installation ITER soit installée sur le territoire français. Néanmoins, notre thèse visant toutes les activités de fusion (et non seulement ITER), cette seule raison ne saurait justifier ce choix en dépit de la soumission de l'Organisation internationale au droit français.

³¹⁶ Voy. *supra* note n° 192.

³¹⁷ Voy. Commission européenne, *Livre blanc sur la responsabilité environnementale*, COM (2000) 66 du 9 février 2000, JO, C-151 E, 25 juin 2002, p. 27 ; J.-M. ARBOUR, S. LAVALLÉE, J. SOHNLE, H. TRUDEAU, *Droit international de l'environnement*, 3ème éd., tome 2, Québec, Anthémis, 2016, p. 1273.

³¹⁸ Voy. CDI, « Projet de principes sur la répartition des pertes en cas d'activités dangereuses », ACIDI, 2006, vol. II(2).

³¹⁹ J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses et/ou du fait des activités dangereuses – Synthèse comparative » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IJRS, 2012, p. 284.

³²⁰ Il en va ainsi, entre autres, de l'article 2050 du *Codice civile italiano* qui prévoit une responsabilité du fait des activités dangereuses. Il en va également de même du *Burgerlijk Wetboek* néerlandais qui en son article 6 :175 prévoit une responsabilité du fait de l'utilisation ou de la détention de substances dangereuses. Il en va également de même du droit de Common law et notamment du droit États-Unien qui, partant de la Règle *Rylands v. Fletcher*, a dégagé un principe de responsabilité du fait des « ultrahazardous activities » au sein de son *First Restatement of the Law, Torts* de 1938 devenu un principe de responsabilité du fait des « abnormally dangerous activities » à partir du *Second Restatement of the Law, Torts* de 1969. Sur l'exposé de ces solutions, outre les développements *infra*, voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, *op. cit.* et L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 329-360.

³²¹ Nous faisons référence au Projet TERRÉ et au Projet CATALA mentionnés *supra* note n° 303.

privées échappant aux règles de la responsabilité administrative. Le risque technologique étant l'apanage des sociétés contemporaines, cet éclaircissement ne doit toutefois pas être compris comme bannissant tout développement relatif à la responsabilité étatique au sein de notre étude. D'une part, la fiabilité de l'appareil étatique est une question prégnante au sein de la société du risque autorisant, au niveau des échanges symboliques, que certaines interférences puissent se créer. D'autre part, il est des domaines dans lesquels cette *summa divisio* s'avère injustifiée, justifiant la soumission de tout un chacun aux mêmes règles que l'on soit une personne privée, une personne publique ou une organisation internationale. Cela étant posé, on ne s'attardera pas davantage, l'introduction ne devant devenir le lieu de la démonstration d'une portion de notre thèse. Elle peut être, en revanche, le lieu de sa formulation et de l'exposé de la dichotomie en organisant la structure.

§ 3. La formulation de la thèse et l'exposé du plan

42. Formulation de la thèse. Arrivé au terme de cette introduction, la thèse soutenue comme la dichotomie qui la structure se devine aisément. La thèse qui sous-tend ces travaux est celle de la généralité et du besoin d'une approche holistique du risque technologique par le droit, et particulièrement par le droit de la responsabilité civile à qui il devrait incomber, par essence, d'en réceptionner les dommages. Cette évolution répond en effet à un besoin pratique lié à l'évolution incessante de la science aux nouveaux risques qui placent les victimes de ces futurs fléaux face à un droit aujourd'hui inapte à réceptionner leur dommage, tel que cela sera le cas des victimes du risque nucléaire de fusion. Néanmoins, la thèse qui sous-tend ces travaux est également celle de la prudence. Elle est celle de la prudence avec laquelle cet esprit de réforme doit être envisagé quand le risque technologique, et spécifiquement le risque nucléaire de fusion, présente des particularités justifiant que soient apportés des aménagements substantiels et procéduraux à l'image des prescriptions du régime de responsabilité civile nucléaire et qui sont, fut un temps, apparus nécessaires pour conférer aux victimes « le sentiment qu'on a[vait] prévu toutes les mesures possibles de sécurité et de protection, et le cas échéant de dédommagement »³²². Pour cela, si l'étude entreprise participera à confirmer la nécessité d'une règle de responsabilité du fait des « activités à risque » – notion dont la définition relèvera de la formulation de la règle proposée – elle ne pourra se faire qu'à une condition et une concession. Elle ne pourra se faire qu'à la condition de démontrer que l'application du régime de responsabilité civile nucléaire au risque nucléaire de fusion présente des obstacles trop importants pour un résultat injustifié, et donc par la démonstration de l'insuffisance d'une approche discontinue en la matière. Elle ne pourra ensuite s'opérer qu'en admettant, comme le démontrera notre étude, que l'aptitude prédominante du droit de la responsabilité civile à réceptionner les dommages causés par ses activités souffrent également de limites lui étant intrinsèques comme extrinsèques obligeant à des aménagements eu égard au droit général, mais également en son sein, qui autorisent à affirmer que si la singularité n'est assurément pas putative, toute différenciation n'est cependant pas à bannir.

³²² E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *op. cit.*, p. 683

43. L'exposé du plan. Suivant « l'art du plan binaire »³²³, tel sera l'objet des deux parties autour de laquelle s'articulera le propos. Ainsi, la Première Partie se proposera d'étudier les tenants et les aboutissants de l'intégration des activités de fusion nucléaire au sein du régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire, en tenant compte des conditions tant substantielles que formelles que supposent cette extension. Quant à la Seconde Partie, elle envisagera l'application au risque nucléaire de fusion d'une règle de responsabilité civile du fait des activités à risque, en tenant compte des apports comme des contraintes que supposent la formulation d'une telle règle symbolisant ainsi l'ère du « dépassement »³²⁴.

Première Partie : L'extension : l'intégration des activités de fusion dans le régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire

Seconde Partie : Le dépassement : l'application aux activités de fusion d'une règle de responsabilité civile du fait des activités à risque.

³²³ On adhèrera ainsi aux mots imagés de Cyril SINTEZ relevant que « L'art du plan binaire en droit peut faire penser à celui de la cérémonie du thé en Chine pour qui ne s'y serait jamais essayé : superflu et dépassé. Curieux étrangers qui toujours raillent mais jamais ne goûtent ; la simplicité du résultat leur cache l'effort demandé et la qualité obtenue » : C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 31

³²⁴ En référence aux mots de J-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, op. cit., p. 121 cités supra § 34.

PREMIÈRE PARTIE : L'EXTENSION
L'INTÉGRATION DES ACTIVITÉS DE FUSION DANS LE RÉGIME
CONVENTIONNEL DE RESPONSABILITÉ CIVILE NUCLÉAIRE

« Avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit, c'est plus encore : c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale »³²⁵.

« Il est en effet impossible d'admettre le caractère immuable d'une situation donnée. L'intangibilité est un non-sens pour le juriste et le droit ne saurait proscrire le mouvement »³²⁶.

« L'essence même du droit est de figer les rapports de force pour leur permettre, par le truchement des règles qu'il édicte, de se perpétuer dans l'avenir. Le droit est donc, a priori, un facteur structurel de frein à sa propre évolution »³²⁷.

44. Le droit et l'écoulement du temps. Dans tout ordre juridique, la règle de droit n'est qu'un événement : celui de sa création³²⁸. Preuve d'une « politique qui a réussi », la norme juridique a inévitablement pour objet de figer les situations acquises et de les perpétuer³²⁹. Pourtant, alors que le contexte politique et social dans lequel elle se situe ainsi que les conditions factuelles de son élaboration et de sa mise en œuvre changent, la norme juridique vieillit. Par conséquent, quand on affirme « [qu'] une fois créée, la norme juridique n'est pas affectée par l'écoulement du temps », c'est parce que le temps n'est pas censé créer du droit et n'est pas en mesure de le supprimer³³⁰. Cela étant, imaginer un droit en dehors de ce temps et correspondant à des besoins immuables reste une fiction. Tel un être vivant, la norme juridique doit naître, puis vivre en tentant de s'adapter aux besoins changeants de la société qu'elle doit régir. Le cas échéant, quand elle est notamment présumée complète dès sa naissance, elle doit mourir d'un seul tenant pour laisser place à son successeur³³¹. Or, cela ne paraît être qu'un problème relatif dans le droit interne. Quelle que soit la forme de l'organisation politique de l'État ou la nature de ses institutions, il existe toujours des mécanismes permettant d'ajuster rapidement les règles inadaptées aux besoins de la société, et ce indépendamment des conséquences qui peuvent en découler dans la compréhension et la cohérence du cadre juridique ainsi perturbé³³². Le caractère vertical des rapports entre l'autorité souveraine disposant de la faculté de faire le droit, ou incidemment de le recréer, et les destinataires de ce droit facilite le renouvellement ou la réadaptation du cadre juridique. En droit international public, cela ne peut toutefois pas fonctionner de la sorte.

³²⁵ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif : essai critique*, t. II, 1919, rééd. Paris, LGDJ, 2016, p. 225.

³²⁶ D. BARDONNET, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé (Problèmes juridiques choisis) », *RCADI*, vol. 153, 1976, p. 109.

³²⁷ J. SALMON, « Changement et droit international public » in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François RIGAUD*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 429.

³²⁸ Voy. J. COMBACAU, « L'écoulement du temps » in *Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, p. 77.

³²⁹ Voy. E. GIRAUD, « Le droit positif : ses rapports avec la philosophie et la politique » in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 234 et A. PELLET, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale – Conférence inaugurale, session de droit international public », *RCADI*, vol. 329, 2007, p. 18.

³³⁰ D. BARANGER, « Le temps du droit » in *Le temps administratif, La Revue administrative*, numéro spécial, 2000/1, p. 32.

³³¹ Voy. T. GEORGOPOULOS, « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives : quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *RGDIP*, vol. 108, 2004, p. 124 ; D. BARANGER, « Le temps du droit », *op. cit.*, p. 32.

³³² Voy. A. PELLET, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *op. cit.*, p. 19 pour qui « [c]ela peut se faire par la révolution — qui permet, par des changements drastiques de l'ordre juridique, de répondre à un bouleversement radical des rapports sociaux. Plus communément l'adaptation continue du droit est rendue possible par des mécanismes constitutionnels plus ou moins recommandables, plus ou moins efficaces, mais en général suffisants, au moins à court ou moyen terme, pour modifier les règles existantes lorsqu'elles sont inadaptées ou lacunaires : le vote d'une nouvelle loi par le parlement, l'adoption d'un nouveau règlement par l'exécutif, l'édiction d'une nouvelle norme par le dictateur », auquel nous pourrions ajouter l'œuvre créatrice du juge dont nous avons déjà pu établir la réalité en droit français.

45. Le droit international et l'écoulement du temps. De tout temps, le droit des gens n'a répondu qu'à un caractère décentralisé et une structure horizontale basés sur la collaboration des sujets³³³. Parce que les États, principaux sujets du droit international, sont égaux, souverains et indépendants, le droit international ne connaît ni législateur spécialisé ni juge obligatoire, et les normes procèdent nécessairement de leur volonté³³⁴. Il repose donc traditionnellement sur un ensemble d'accords entre ces sujets de droit, pour créer entre eux des règles qui les lieront, et ce pourvu qu'ils aient participé à l'établissement de la règle conventionnelle ou coutumière ou y aient donné ultérieurement leur consentement. Dès lors qu'aucun organe ou institution n'est investi de la pleine fonction de le fabriquer ou de le modifier, le droit international est principalement un « droit de coordination de type horizontal »³³⁵ matérialisé dans « une myriade d'actes unilatéraux, bilatéraux et multilatéraux »³³⁶, mais dont les traités et la coutume en demeurent les principales sources de création. Or le premier, lequel nous intéresse particulièrement, se trouve bien souvent inadapté face aux besoins de rapidité et de souplesse qui caractérisent les sociétés contemporaines³³⁷. Le traité, à l'image du contrat pour les civilistes, a vocation à fixer des règles faites pour durer. Par cet instrument, les parties expriment leur volonté à un instant (t), mais les effets de cette rencontre se manifestent dans le futur. La règle *Pacta sunt servanda*, en vertu de laquelle les États doivent respecter les accords intervenus entre eux et qui fonde en partie la force obligatoire de ces normes, contribue à la pérennité de cet accord de volonté. Le traité n'est ainsi « que la cristallisation de ce "vouloir-vouloir" : se comporter comme si l'on voulait aujourd'hui ce que l'on a voulu hier – même si cela n'est plus le cas »³³⁸. Pour assurer sa pérennité et la stabilité des normes qu'il contient, il doit donc prévenir les assauts du temps et remédier à son propre vieillissement sans pour autant porter atteinte à l'exigence de sécurité juridique. Bien que « l'étude de la conciliation des deux états nécessaires au droit que sont le *statisme* qui assure la sécurité des situations juridiques et le *dynamisme* qui en favorise la conformité à la vie sociale ne soit pas nouvelle en droit international »³³⁹, elle transparait aujourd'hui spécifiquement dans le domaine du droit nucléaire, et plus spécifiquement encore dans le domaine de la responsabilité civile nucléaire.

³³³ Voy. J-F. LEVESQUE, « Traité de verre – réflexions sur l'interprétation », *RQDI*, vol. 19, 2006, p. 65.

³³⁴ On verra ici la référence au célèbre *dictum* de la CPJI, *Lotus*, 7 septembre 1927, Série A n° 10, p. 18 : « [L]e droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas ».

³³⁵ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international : Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 134.

³³⁶ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme – Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, Paris, Pedone, 2019, p. 24.

³³⁷ La coutume, du fait de son caractère informel et de son processus de création, arrive encore à surmonter cette rigidité. À la fois droit et fait, la règle coutumière est intrinsèquement et nécessairement liée au temps qui passe. Surtout, elle existe par lui ne serait-ce que pour que s'établisse la pratique constante et répétée marquant à la fois sa création et sa confirmation. Plus encore, elle lui permet de faire l'objet, une fois créée, d'une réaffirmation continuelle ou de générer l'évolution de son contenu, c'est-à-dire la norme coutumière : voy. B. STERN, « La coutume au cœur du droit international ; quelques réflexions » in *Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul REUTER*, Paris, Pedone, 1981, p. 479-485 ; T. GEORGOPOULOS, « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives : quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *op. cit.*, p. 126 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1.

³³⁸ J-M. TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur » in *Le droit et le futur*, Paris, PUF, 1985, pp. 63-64 et T. GEORGOPOULOS, « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives : quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *op. cit.*, p. 126.

³³⁹ A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2

46. Le droit nucléaire international et l'évolution technologique. Affirmé sur le plan international depuis le début de l'utilisation pacifique de cette énergie, le régime de responsabilité civile nucléaire est un régime international fondant, à travers un cadre complet d'instruments juridiques internationaux, la base sur laquelle de nombreux États ont adopté leur législation nationale. À ce jour, les installations de fusion sont exclues de ce cadre normatif. Lors de l'adoption des conventions et de leur révision, « les perspectives d'utilisation de la fusion nucléaire n'apparais[s]aient pas encore clairement »³⁴⁰, et il était « trop tôt pour examiner l'application du régime de responsabilité civile aux futures installations de fusion »³⁴¹. Sans nécessité apparente d'un point de vue technologique et scientifique, leur exclusion avait donc recueilli l'assentiment des parties contractantes. À l'heure où les avancées scientifiques en la matière ont fait état de progrès certains, la communauté juridique internationale se doit pourtant d'examiner la place des technologies de fusion dans le régime actuel de responsabilité civile nucléaire.

Certes, le projet ITER a naturellement conduit à une réflexion sur l'extension du champ d'application des conventions de responsabilité civile nucléaires aux activités de fusion³⁴². Cette démarche juridique posait deux questions ; celle, d'abord, de l'adaptabilité de la source de ces normes juridiques et celle, ensuite, de l'adaptabilité intrinsèque de ces normes juridiques. Autrement dit, quand les premières interrogations devaient être relatives aux moyens que connaît le droit international public pour surmonter la rigidité formelle des traités afin d'y inclure les activités de fusion, les secondes devaient plus généralement concerner l'adéquation des principes de la responsabilité civile nucléaire au risque nucléaire de fusion. Or, si ce sont principalement les interrogations relatives à l'adaptabilité des principes au fond qui ont jusqu'alors principalement (mais non exclusivement) retenu l'attention, le présent propos aura pour objet d'enrichir ces études en mettant en lumière ces deux aspects. En effet, le droit international semble avoir été tenu éloigné du droit nucléaire, notamment dans le domaine de la responsabilité civile nucléaire où ce sont principalement des règles de droit privé qui gouvernent le régime. Il reste, pourtant, que le régime conventionnel est marqué par cet important particularisme qu'il trouve sa source dans les mécanismes du droit international public, spécialement du droit des traités entre États.

47. Plan. Quoique l'adaptation substantielle du régime de responsabilité civile nucléaire puisse constituer le point nodal d'une recherche visant l'intégration des activités de fusion au sein du régime conventionnel, cette recherche ne serait d'aucune importance si ce régime ne pouvait leur être appliqué. Aussi, en autorisant à questionner les modes formels d'adaptation du droit international public dans le temps et face à l'évolution technologique, le premier temps de cette étude sera consacré aux moyens susceptibles d'être sollicités aux fins d'une modification du champ d'application des

³⁴⁰ Texte révisé de l'Exposé de motifs de la Convention de Paris, approuvé par le Conseil de l'OCDE le 16 novembre 1982 [ci-après *Exposé des motifs* (1982)], p. 3, § 12. Voy. également *Exposé des motifs de la Convention de Paris (telle que modifiée par les Protocoles de 1964, 1982, 2004)*, NEA/NLC/DOC(2020)1 [ci-après *Exposé des motifs* (2004)], p. 9, § 18(e) et sur la Convention dans sa version de 1960 : J-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 354.

³⁴¹ Comité de rédaction de la Convention de Vienne, septième session, 1993, SCNL/7/INF.6, p. 9.

³⁴² Voy. AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », NEA/LEG/DOC(91)7, 1991 ; AEN, « Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Conventions: Fusion Reactors », NEA/LEG/DOC(92)4, 1992 ; AEN, « Responsabilité et garanties financières pour les risques liés aux installations de fusion nucléaire », NEA/NLC/DOC(2005)4, 2005.

conventions de responsabilité civile, résultante du choix des États d'avoir élaboré le régime dans l'ordre juridique international (*Titre 1*). Ce n'est qu'une fois cette étape réalisée qu'il conviendra de s'interroger sur l'adéquation des principes du régime de responsabilité civile nucléaire au risque présenté par les activités de fusion, mais également sur l'opportunité de leur application. En effet, si le caractère novateur de ce régime n'a jamais été contesté en cause, il reste que certains de ses principes font aujourd'hui l'objet de critiques, lesquelles pourraient remettre en cause la pérennité de ce régime, à tout le moins à l'endroit de la fusion nucléaire (*Titre 2*).

Plan de la Première partie :

Titre 1 : Une intégration formelle conditionnée

Titre 2 : Une intégration substantielle inadéquate

Titre I

Une intégration formelle conditionnée

« Les traités ne sont pas de simples parchemins, ce sont des instruments destinés à offrir une stabilité aux parties signataires et à réaliser les objectifs qui y sont inscrits. Ils peuvent donc se modifier dans le temps, s'adapter à de nouvelles situations, évoluer en fonction des besoins sociaux de la communauté internationale et, parfois, tomber en désuétude »³⁴³.

48. Les modes d'adaptation des traités internationaux. Puisque le champ d'application des conventions de responsabilité civile nucléaire exclut les activités de fusion, l'objet du présent propos sera d'analyser les moyens permettant de les y intégrer. Autrement dit, il s'agit d'identifier les différentes techniques d'adaptation des traités internationaux aux circonstances nouvelles que l'écoulement du temps fait apparaître, telle que l'est le développement de la fusion nucléaire. Or, le droit international connaît différentes techniques d'adaptation des traités. Qu'ils soient formels ou informels, qu'ils relèvent de l'intervention d'organes tiers en relation avec le traité ou qu'ils ne soient fondés sur le seul consentement des États parties résultant d'une action concertée de ceux-ci, ces moyens existent et sont, pour certains, applicables aux traités régissant la responsabilité civile nucléaire. Traditionnellement, l'adaptation des traités dans le temps constitue l'apanage de la procédure d'amendement par laquelle il est porté « modification d'une ou plusieurs dispositions d'un traité par les parties contractantes »³⁴⁴, c'est-à-dire porté atteinte à l'intégrité du texte au terme de la procédure impliquant le consentement des parties. Pour cela, cette voie a naturellement été proposée très tôt aux fins de l'intégration des activités de fusion au sein du régime conventionnel³⁴⁵. Il est pourtant d'autres méthodes plus informelles relevant d'autres mécanismes, lesquelles présentent également un intérêt certain dans le cadre de cette étude. Il en va ainsi de l'interprétation dont l'utilisation aux fins de l'adaptation des normes dans le temps n'est pas exclusive des droits internes. Quoique ces méthodes servent un but commun, elles diffèrent par bien des aspects.

Quand l'amendement formel présente un gage de sécurité considérable par l'expression formelle du consentement des États, il impose dans le même temps une rigidité, une complexité et un caractère chronophage qui en limite l'efficacité, en sus de matérialiser une atteinte portée à l'acte juridique susceptible de se répercuter sur les modalités de son application. Quant à l'interprétation, si elle présente l'avantage de la souplesse et de la promptitude, elle connaît néanmoins un degré d'incertitude et un champ d'intervention susceptible d'en limiter l'opportunité.

49. Plan. Représentant ainsi toute la complexité de l'ordre juridique international, oscillant entre fiabilité et incertitude, rigidité et flexibilité, selon le bon vouloir de ses protagonistes que sont les États

³⁴³ G. NOLTE, « Les traités dans le temps, en particulier l'accord et la pratique ultérieurs », *ACDI*, 2008, vol. II, annexe A, p. 1.

³⁴⁴ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, s.v. « amendement ».

³⁴⁵ Voy. AEN, « Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Convention: Fusion Reactors », *op. cit.* ; L. GRAMMATICO, « Quand la science se heurte au droit : responsabilité civile et installations de fusion » in O. GUÉZOU, S. MANSON (dirs), *Droit public et nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 227-234 ou encore, bien que se montrant plus prudents, W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *BDN*, vol. 93, 2014/1, p. 64.

et dont le traité restera toujours la chose, l'amendement (*Chapitre 1*) et l'interprétation (*Chapitre 2*) seront donc tous deux mobilisés aux fins d'envisager une adaptation, respectueuse de l'intention des parties, des conventions portant le régime de responsabilité civile nucléaire. Avant d'introduire ces méthodes, un bref détour vers le texte brut *de lege lata* des conventions doit néanmoins être opéré. Le postulat formulé dans l'introduction de cette thèse selon lequel les activités de fusion sont exclues du régime conventionnel ne peut, en effet, nous exempter d'en apporter la démonstration. Préalable nécessaire à l'identification des enjeux que ce titre aura vocation à saisir, cette démonstration nous permettra également d'écarter l'argument selon lequel une intervention du Comité de Direction de l'énergie nucléaire serait suffisante à inclure les activités de fusion au sein de la Convention de Paris (*Chapitre préliminaire*).

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

L'EXCLUSION FORMELLE DES ACTIVITÉS DE FUSION

50. Une étude préalable opportune. Comme établi en introduction, si le développement de l'énergie nucléaire a conduit à la conclusion de deux conventions *princeps* gouvernant le régime de responsabilité civile nucléaire, ce dernier ne devait pas couvrir les dommages susceptibles de résulter du risque nucléaire de fusion³⁴⁶. Ces conventions ont donc été construites avec cet unique objectif d'organiser la réparation des dommages de fission nucléaire, et il en a résulté une délimitation stricte du champ d'application *ratione materiae* des règles qu'elles instituent. Cela étant, il n'est pas toujours aisé de visualiser la mesure dans laquelle ces textes excluent formellement les activités de fusion nucléaire tant la complexité de l'objet qu'ils appréhendent a rendu leurs constructions complexes. Dès lors, si l'étude de leurs champs d'application respectifs constitue un préalable bienvenu en permettant d'y asseoir l'exclusion des activités de fusion, elle poursuit également des objectifs accessoires : celui, d'une part, de familiariser le lecteur avec ces instruments à la compréhension ardue, mais également d'appréhender la (non) spécificité qui sera reconnue à l'installation ITER au sein de notre propos.

51. Plan. Il s'agira ainsi de démontrer que les deux conventions *princeps* suscitées excluent les activités de fusion des régimes qu'elles instituent (*Section 1*) avant de s'intéresser à la particularité que l'installation ITER pourrait montrer à cet endroit (*Section 2*).

SECTION 1. L'EXCLUSION DES ACTIVITÉS DE FUSION PAR LES CONVENTIONS PRINCEPS

52. Plan. Le régime de responsabilité civile nucléaire étant, en réalité, le résultat de deux régimes conventionnels concurrents, leurs textes doivent être étudiés distinctement. Autrement dit, la démonstration de l'exclusion du risque nucléaire de fusion commande d'analyser, d'une part, le texte de la Convention de Paris en tant que convention *princeps* du régime institué par l'OCDE³⁴⁷ (§ 1) et, d'autre part, celui de la (ou des) Convention(s) de Vienne adopté(es) sous les auspices de l'AIEA (§ 2).

§ 1. Le champ d'application *ratione materiae* de la Convention de Paris

53. Prologue : la lecture unique de la Convention de Paris. Quoique l'on évoque *la* Convention de Paris, cette Convention est, en fait, le résultat de la combinaison de plusieurs traités. En effet, et comme il le sera étudié *infra*, lorsqu'un traité est amendé, le second traité — c'est-à-dire celui concrétisant l'amendement — n'est pas supposé s'y substituer. Il s'y ajoute simplement. Cependant, chaque fois que la Convention de Paris de 1960 a été modifiée, c'est-à-dire en 1964, en 1982 et en 2004, les parties ont prévu que les protocoles adoptés feraient partie intégrante de la Convention, qui devrait alors se

³⁴⁶ Deux régimes ont ainsi été institués par la Convention de Paris et la Convention de Vienne. Ils ont ensuite été complétés et unifiés par des conventions annexes qui seront étudiées ultérieurement en raison de leur faible influence sur l'exclusion des activités de fusion.

³⁴⁷ Le régime de l'OCDE est composé de la Convention de Paris complétée par la Convention de Bruxelles. Celle-ci ne sera cependant pas étudiée ici dans la mesure où, comme on le verra *infra* Chapitre 1, Section 1, son champ d'application est étroitement lié à celui de la Convention de Paris.

lire comme un instrument unique, et ont imposé que tous les États souhaitant accéder à la Convention accèdent à sa dernière version en vigueur. Or le Protocole concrétisant les derniers amendements apportés à la Convention de Paris est entré en vigueur *entre toutes les parties* depuis le 4 janvier 2022, date à laquelle la Turquie a déposé son instrument de ratification³⁴⁸. Pour cette démonstration, la Convention de Paris de 2004 comme instrument conventionnel consolidé devra donc constituer l'instrument de référence. Toutefois, des références aux textes de 1982 ne seront pas exclues à raison de leur apport pédagogique³⁴⁹.

54. Le champ d'application *ratione materiae* de la Convention de Paris. Aux termes de l'article 3 de la Convention de Paris, l'exploitant nucléaire est responsable des *dommages nucléaires* causés par un *accident nucléaire* survenu dans une *installation nucléaire* ou mettant en jeu des *substances nucléaires* provenant de cette installation, voire, suivant les conditions de l'article 4 relatives au transport de *substances nucléaires*, à destination de cette installation. Autrement dit, et au-delà des subtilités de la définition de l'*accident nucléaire* ou du *dommage nucléaire* sur lesquelles il nous sera donné de revenir *infra*³⁵⁰ ou sur celles afférentes au transport, deux éléments sont immuables à leur réception par le texte conventionnel : le fait que l'accident ayant occasionné lesdits dommages soit survenu dans une *installation nucléaire* ou qu'il mette en jeu des *substances nucléaires*.

55. Plan. Or, aux termes des clauses interprétatives contenues dans la convention de Paris, les installations de fusion ne sont pas des *installations nucléaires* (A.) et elles ne mettent pas en jeu des *substances nucléaires* au sens du texte conventionnel (B.).

A. La définition conventionnelle d'une *installation nucléaire*

56. La définition d'*installation nucléaire*. Aux termes de l'article 1.a.ii) de la Convention de Paris, une installation nucléaire signifie :

« les *réacteurs* à l'exception de ceux qui font partie d'un moyen de transport ; les usines de préparation ou de fabrication de substances nucléaires ; les usines de séparation des isotopes de combustibles nucléaires ; les usines de traitement de combustibles nucléaires irradiés ; les installations d'entreposage de substances nucléaires à l'exclusion de l'entreposage de ces substances en cours de transport ; les installations destinées au stockage définitif de substances nucléaires ; y compris de tels réacteurs, usines et installations qui sont en cours de déclassement ainsi que toute autre installation dans laquelle des combustibles nucléaires ou des produits ou des déchets radioactifs sont détenus et qui serait désignée par le Comité de Direction de l'Énergie nucléaire de l'Organisation [...] »³⁵¹.

Sans préjudice de la possibilité de les assimiler à l'une des catégories mentionnées, laquelle est d'ailleurs rendue aisée par le pouvoir conféré en fin d'article (souligné) au Comité de Direction, trois

³⁴⁸ A dire vrai, le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022 entre 15 des 16 États parties, mais *entre toutes les parties* le 4 janvier 2022 : voy. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31798/paris-convention-latest-status-of-ratifications-or-accession.

³⁴⁹ Pour démontrer la mesure dans laquelle les activités de fusion étaient bien exclues du texte aux prémices du développement des activités de fusion, il sera ainsi fait référence aux dispositions de la Convention de 1982.

³⁵⁰ Bien que constituant des éléments clefs du régime conventionnel, leurs définitions sont étroitement dépendantes de celles qui feront l'objet de cette étude, ne nécessitant donc pas à ce stade que nous nous y attardions ici.

³⁵¹ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ii. À peu de chose près, la définition de la Convention de Paris de 1982 était similaire. La seule distinction tient à l'inclusion dans la nouvelle définition des installations en cours de déclassement suite à une interprétation [NE/M(87)1] du Comité de Direction de l'énergie nucléaire.

nouvelles notions entrent en jeu afin de déterminer si les installations de fusion peuvent constituer l'une des catégories d'installation susnommée : la notion de *réacteur nucléaire*, celle de *combustibles nucléaires* et celle de *produits ou déchets radioactifs* (et toujours la notion de *substance nucléaire*).

57. L'interprétation du terme *réacteur*. La Convention de Paris ne définit pas le terme *réacteur*. Il serait donc tout à fait possible de considérer que les machines de fusion puissent être considérées comme telles. D'ailleurs, et sans anticiper à l'excès sur l'étude qui sera consacrée à cette question en *infra*, tant le sens commun attribué aujourd'hui au terme réacteur ou réacteur nucléaire que l'usage qui en est fait pour désigner les tokamaks à l'image de celui construit sur le site d'ITER *Organization* ne sembleraient pas faire obstacle à cette compréhension³⁵². Pourtant, l'interprétation du terme donnée par le Comité de Direction de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire confirme que d'un point de vue technique, ce terme recouvre aujourd'hui les installations limitées aux installations utilisant des réactions de fission³⁵³. Le 8 juin 1967, ce dernier avait en effet adopté une interprétation selon laquelle « les ensembles sous-critiques ne sont pas compris dans le terme "réacteur" au sens de l'article 1(a)(ii) de la Convention de Paris »³⁵⁴, que l'*Exposé des motifs* de la Convention de 1982 avait ainsi traduit comme visant *a fortiori* à exclure « les ensembles qui ne sont pas capables d'entretenir une réaction en chaîne de façon autonome »³⁵⁵. Or cette interprétation, qui demeure valide aujourd'hui³⁵⁶, n'inclut pas les « réacteurs » de fusion. En effet, les ensembles critiques visent généralement les ensembles comportant un matériau fissile qui est susceptible de devenir critique, c'est-à-dire qui peut entraîner un phénomène de fission incontrôlée (une réaction en chaîne). Les ensembles sous-critiques visent les ensembles comportant un matériau fissile qui sont sous-critiques par construction, mais qui deviendraient critiques si on augmentait leurs dimensions. Les installations de fusion ne comportant *a priori* aucune matière fissile, elles ne peuvent donc être considérées comme des ensembles critiques³⁵⁷. Qui plus est, l'exclusion des ensembles sous-critiques de la définition du terme *réacteur* par le Comité paraît justifiée par le fait que ce type de construction ne peut atteindre le stade dit « critique », stade subordonné par l'existence d'une réaction en chaîne. Il faut alors en déduire que le terme de *réacteur* dans son interprétation de *lege lata* ne recouvre que les réacteurs de fission susceptibles d'entraîner une réaction en chaîne, autorisant à conclure définitivement à l'exclusion des installations de fusion de cette définition (la fusion ne pouvant produire de réaction en chaîne).

Les installations de fusion n'étant pas des *réacteurs* au sens de la Convention de Paris, il n'est pas pour autant exclu qu'elles puissent correspondre aux autres énumérations de la définition d'*installation nucléaire*. Il convient donc de vérifier, en second lieu, que les définitions des notions de *combustibles*

³⁵² Voy. *infra* Chapitre 2, Section 1, § 1.

³⁵³ Sur l'autorité de cette interprétation voy. *infra* Chapitre 2, Section 1, § 1.

³⁵⁴ Comité de Direction, « Interprétation du 8 juin 1967 », NE/M(67)/1 in OCDE/AEN, *Convention de Paris – Décisions, Recommandations, Interprétations*, Paris, Ed. OCDE, 1990, p. 6.

³⁵⁵ *Exposé des motifs* (1982), p. 16, note 9.

³⁵⁶ *Exposé des motifs* (2004), p. 8, §18.a, note 4 : « [c]ette Interprétation demeurera valide après l'entrée en vigueur, pour toutes les Parties Contractantes, du Protocole du 12 février 2004 portant modification de la Convention de Paris ».

³⁵⁷ Comme il le sera vu ci-dessous, ni le deutérium ni le tritium, qui sont les éléments à la base de la réaction de fusion, ne sont des matières fissiles.

nucléaires ou de *produits ou déchets radioactifs*, et toujours celle de *substances nucléaires* cimentent bien cette exclusion. Or, pour cela, il faut passer par la définition de la dernière notion, puisqu'elle englobe les deux premières. Autrement dit, pour déterminer ce qu'est une installation nucléaire, il faut définir ce que constituent des *substances nucléaires*.

B. La définition conventionnelle de *substances nucléaires*

58. La définition de *substances nucléaires*. Aux termes de l'article 1.a.v) de la Convention de Paris, la notion de *substances nucléaires* recouvre « les combustibles nucléaires (à l'exclusion de l'uranium naturel et de l'uranium appauvri) et les produits ou déchets radioactifs »³⁵⁸.

59. La définition de *combustibles nucléaires*. Aux termes de l'article 1.a.iii) de la Convention de Paris, *combustibles nucléaires* signifie

« [l]es matières fissiles comprenant l'uranium sous forme de métal, d'alliage ou de composé chimique (y compris l'uranium naturel), le plutonium sous forme de métal, d'alliage ou de composé chimique et toute autre matière fissile qui serait désignée par le Comité de Direction »³⁵⁹.

Or, les conceptions d'installations de fusion les plus avancées, comme ITER, utilisent comme combustible un mélange de deutérium et de tritium, tous deux isotopes lourds de l'hydrogène aux fins de produire la réaction de fusion nucléaire. Le deutérium, isotope stable, n'est pas radioactif et ne représente pas plus de danger que l'hydrogène. Le tritium, lui, est un radioélément, mais n'est pas considéré comme une matière fissile³⁶⁰. L'un comme l'autre ne répondant donc pas à la définition de *combustibles nucléaires*, ils participent à exclure les installations de fusion nucléaire de la catégorie des installations incluses à l'article 1.a.ii en raison de la détention de *combustibles nucléaires* qu'elles induisent³⁶¹.

60. La définition de *produits ou déchets radioactifs*. Aux termes de l'article 1.a.iv) de la Convention de Paris, le terme *produits ou déchets radioactifs* signifie

« [**1re partie**] les matières radioactives produites ou rendues radioactives par exposition aux radiations résultant des opérations de production ou d'utilisation de combustibles nucléaires [**2e partie**] à l'exclusion, d'une part, des combustibles nucléaires [**3e partie**] et d'autre part, lorsqu'ils se trouvent en dehors d'une installation nucléaire, des radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication qui sont susceptibles d'être utilisés à des fins industrielles, commerciales, agricoles, médicales, scientifiques ou d'enseignement »³⁶².

Sur ce point, la définition paraît un peu plus ouverte. En effet, l'un des intérêts de la fusion nucléaire serait le fait que les installations de fusion puissent générer elles-mêmes le tritium utile à leur fonctionnement. Les réacteurs construits sur le modèle d'ITER devraient, en effet, posséder une

³⁵⁸ Convention de Paris (1982, 2004), art. 1.a.v.

³⁵⁹ Convention de Paris (1982, 2004), art. 1.a.iii.

³⁶⁰ Si du tritium peut donc bien être produit par exposition aux radiations résultant des opérations d'utilisation de combustibles nucléaires dans les installations de fission, la fabrication du tritium dans les installations de fusion ne repose pas sur l'utilisation de combustibles nucléaires au sens de la Convention de Paris

³⁶¹ Voy. Convention de Paris (1982, 2004), art. 1.a.ii : « [...] toute autre installation dans laquelle des *combustibles nucléaires* ou des *produits ou des déchets radioactifs* sont détenus et qui serait désignée par le Comité de Direction de l'Énergie Nucléaire de l'Organisation » ou « des usines de traitement de *combustibles nucléaires* irradiés (?) ». Il apparaît peu probable, en revanche, que les installations de fusion puissent être considérées comme « des usines de séparation des isotopes de *combustibles nucléaires* ».

³⁶² Convention de Paris (1982, 2004), art. 1.a.iv.

couverture en lithium afin que ce dernier puisse absorber les neutrons et les recombinaison en atomes d'hélium et surtout de tritium. Ce dernier sera ainsi extrait puis recyclé dans le plasma afin de reprendre sa fonction de combustible selon l'idée du fonctionnement autarcique de ces installations³⁶³. Toutefois, nous venons de le démontrer, la fabrication du tritium dans les installations de fusion pures ne repose pas sur l'utilisation de *combustibles nucléaires*. Par conséquent, les première et deuxième parties de la définition de *produits ou déchets radioactifs* ne correspondent pas à la situation des installations de fusion. La troisième et dernière partie, en revanche, pose plus de difficultés. Elle indique, en effet, que ne seront pas considérés comme tels les « radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication qui sont susceptibles d'être utilisés à des fins industrielles, commerciales, agricoles, médicales, scientifiques ou d'enseignement » lorsqu'ils se trouvent « hors d'une installation ». Autrement dit, les radioisotopes utilisables à des fins industrielles, commerciales, éducatives ou scientifiques sont exclus du régime une fois complètement confectionnés et lorsqu'ils se trouvent en dehors d'une *installation nucléaire*. *Quid* lorsque ces isotopes se trouvent dans une *installation nucléaire* ? Faut-il considérer *a contrario* qu'ils constituent des *produits ou déchets radioactifs* ? La lecture du texte est circulaire et quasi tautologique. Pour définir l'installation nucléaire, laquelle peut être définie comme toute installation « dans laquelle [...] *des produits ou des déchets radioactifs* sont détenus »³⁶⁴, il faut donc appréhender la notion de « produits et déchets radioactifs » comme notion impliquant elle-même celle d'*installation nucléaire*³⁶⁵.

61. Conclusion du § et mise en perspective avec les chapitres annoncés. Sans préjudice de cette dernière ambiguïté, sur laquelle il nous sera donné de revenir, il semblerait donc qu'une interprétation textuelle de la Convention de Paris conduirait à exclure les activités de fusion du champ d'application *ratione materiae* du régime institué par la Convention de Paris. Les installations de fusion ne seraient pas des *réacteurs* et ne contiendraient de *substances nucléaires*, entendues comme des *combustibles nucléaires* ou des *produits ou déchets radioactifs*. Si des doutes peuvent encore subsister, cette exclusion serait encore confirmée par l'*Exposé des motifs*, qui constituant « la principale source d'interprétation du texte »³⁶⁶, dispose que :

« [Version de 1982] comme les perspectives d'utilisation de la fusion nucléaire n'apparaissent pas encore clairement, il ne semble ni possible ni nécessaire de viser celle-ci dans la Convention de Paris »³⁶⁷.

« [Version de 2004] La Convention de Paris ne comporte pas non plus de référence à l'application de ses dispositions aux installations nucléaires qui produisent de l'énergie par fusion nucléaire. Compte tenu des informations techniques disponibles quant au développement de telles installations, l'application aux installations de fusion nucléaire du régime spécial de responsabilité prévu par la Convention ne semble pas se justifier pour l'instant. Toutefois, au vu de l'évolution

³⁶³ Voy. *supra* Introduction § 6.

³⁶⁴ Voy. *Convention de Paris* (1982, 2004), art. 1.a.ii).

³⁶⁵ Voy. pour comparaison W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 55, note 61 qui tout en plaçant pour l'exclusion des installations de fusion du champ d'application de la Convention de Paris en considérant que les matières contenues sur une installation de fusion ne pourraient être considérées comme un combustible nucléaire avaient néanmoins relevé en note de bas de page que « cette exclusion s'appliquerait à condition que l'installation de fusion ne relève pas par ailleurs de la définition d'installation nucléaire ».

³⁶⁶ W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 57 ; N. PELZER, "The Present State of Research" in *Les risques résultant de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 274.

³⁶⁷ *Exposé des motifs* (1982), p. 3, § 12.

des recherches dans ce domaine, le Comité de Direction de l'énergie nucléaire pourra étendre le champ d'application de la Convention à ce type d'installations conformément aux dispositions des articles 1(a)(ii) et 16 »³⁶⁸.

À deux égards, cette dernière citation permet d'ailleurs de justifier la teneur de l'étude menée, dont le propos tenu ici sert de préliminaire. D'une part, le résultat de la présente étude paraît confirmer notre premier choix d'envisager l'actualisation de la Convention de Paris par le biais de l'amendement. En effet, contrairement à ce qu'indique l'*Exposé des motifs (2004) in fine*, une simple décision du Comité de Direction ne saurait suffire à intégrer les installations de fusion — sauf à admettre que le tritium constitue un *produit ou déchet radioactif*³⁶⁹. Le Comité de Direction ne peut en effet désigner comme une *installation nucléaire* que « toute autre installation dans laquelle des *combustibles nucléaires* ou des *produits ou des déchets radioactifs* sont détenus »³⁷⁰. D'autre part, si le propos s'en est ici tenu à un examen textuel de la Convention tout en prenant en considération des éléments de son contexte, tels que l'interprétation du 8 juin 1967 ou son *Exposé des motifs*, il reste que l'examen annoncé d'une possible réinterprétation de la Convention de Paris pourra autoriser à dépasser cette interprétation et à porter un regard nouveau sur le sens de cette limite posée par l'*Exposé des motifs*³⁷¹.

§ 2. Le champ d'application *ratione materiae* des Conventions de Vienne

62. Prodrome : deux champs d'application calqués sur le texte de Paris. Comme la Convention de Paris, la Convention de Vienne adoptée en 1963 sous les auspices de l'AIEA a fait l'objet d'une révision. Elle présente toutefois cette particularité que son protocole d'amendement a été adopté en 1997 comme un traité à part entière qui doit être lu de manière combinée avec la Convention de Vienne de 1963, mais qui ne l'a pas éteint. Des États étant parties à la Convention de 1963 et d'autres à la Convention de 1997, les deux conventions coexistent aujourd'hui. C'est ainsi par souci de simplicité, que nous ne serons d'ailleurs pas toujours conduits à les distinguer au sein de notre propos, et que nous les désignerons parfois sous le vocable unique de « Convention de Vienne ». Sans préjudice de l'influence que pourra avoir cette coexistence sur un éventuel amendement³⁷², il reste également que cette dualité est sans conséquence sur l'exclusion des activités de fusion. En effet, les notions fondamentales délimitant leurs champs d'application se retrouvent peu ou prou rédigées dans les mêmes termes au sein des deux textes. Comme pour la Convention de Paris, l'article II commun aux Conventions de Vienne attribue, en effet, la responsabilité aux exploitants nucléaires des *dommages nucléaires* causés par un *accident nucléaire* survenu dans une *installation nucléaire* ou mettant en jeu des *matières nucléaires* (substances nucléaires) provenant ou émanant de cette installation.

63. Plan. Il en résulte que le champ d'application du régime de Vienne gravite, comme pour le régime de Paris, autour des notions fondamentales d'*installation nucléaire* (A.) et de *matière nucléaire* (B.), mais dont les définitions excluent plus strictement encore le risque nucléaire de fusion.

³⁶⁸ *Exposé des motifs (2004)*, p. 9, § 18.e.

³⁶⁹ Cela sera partiellement réfuté quelques pages plus loin.

³⁷⁰ Voy. *Convention de Paris* (1982, 2004), art. 1.a.ii.

³⁷¹ Voy. *infra* Chapitre 2.

³⁷² Voy. *infra* Chapitre 1.

A. La définition conventionnelle de l'installation nucléaire

64. La notion d'installation nucléaire. Aux termes de la définition donnée par les textes de 1963, une installation nucléaire est :

« i) tout réacteur nucléaire, à l'exclusion de ceux qui sont utilisés par un moyen de transport maritime ou aérien comme source d'énergie, que ce soit pour la propulsion ou à toute autre fin ; ii) toute usine utilisant du combustible nucléaire pour la production de matières nucléaires et toute usine de traitement de matières nucléaires, y compris les usines de traitement de combustible nucléaire irradié ; iii) tout stockage de matières nucléaires, à l'exclusion des stockages en cours de transport »³⁷³.

Le texte de 1997 est venu ajouter la possibilité pour le Conseil des Gouverneurs de l'AIEA d'inclure dans la définition « toutes autres installations dans lesquelles se trouvent du combustible nucléaire ou des produits ou déchets radioactifs »³⁷⁴. Comme pour son homologue, l'étude nécessite donc de définir les termes de *réacteur nucléaire*, *combustibles nucléaires* et *produits ou déchets radioactifs*.

65. La définition de réacteur nucléaire. À la différence du texte de la Convention de Paris, la définition de la notion de *réacteur nucléaire* telle que donnée par les textes des Conventions de Vienne ferme la porte à quelque solution interprétative. En effet, aux termes de l'article Premier 1.i) commun aux deux textes, le terme signifie « toute structure contenant du combustible nucléaire disposé de telle sorte qu'une réaction *en chaîne de fission nucléaire* puisse s'y produire sans l'apport d'une source de neutrons »³⁷⁵. Cette définition n'appelant pas de commentaire, elle nous autorise à passer directement à l'étude des autres notions qui peuvent être appréhendées par la notion de matière nucléaire.

B. La définition conventionnelle de matière nucléaire

66. La définition de matière nucléaire et de combustible nucléaire. Comme pour le texte de Paris, la notion de *matière nucléaire* renvoie aux notions de *combustible nucléaire* ainsi qu'à celle de *produits ou déchets radioactifs*. Sa définition est toutefois plus restrictive. Se lisant comme suit,

« "Matière nucléaire" signifie : i) tout combustible nucléaire, autre que l'uranium naturel ou appauvri, permettant de produire de l'énergie par une réaction *en chaîne de fission nucléaire hors d'un réacteur nucléaire*, que ce soit par lui-même ou en combinaison avec d'autres matières ; ii) tout produit ou déchet radioactif »³⁷⁶,

elle inscrit, en effet, la notion de *combustible nucléaire* dans le cadre des activités de fission, en sus d'en restreindre l'application aux matières les plus dangereuses, c'est-à-dire celle pouvant entretenir une telle réaction en dehors d'un réacteur. Partant, la définition du terme combustible en lui-même ne laisse plus aucune porte ouverte puisque le texte le définit comme « toute matière permettant de produire de l'énergie par une *réaction en chaîne de fission nucléaire* »³⁷⁷. Or, comme vu *supra*, les matières utilisées dans les machines de fusion ne permettent pas d'entretenir une réaction de fission. Reste donc à voir la mesure dans laquelle une installation de fusion, par le biais de la notion de *produits ou*

³⁷³ Convention de Vienne (1963), art. Premier 1.j.

³⁷⁴ Convention de Vienne (1997), art. Premier 1.j.iv.

³⁷⁵ Convention de Vienne (1963, 1997), art. Premier 1.i.

³⁷⁶ Convention de Vienne (1963, 1997), art. Premier 1.h.

³⁷⁷ Convention de Vienne (1963, 1997), art. Premier 1.f.

déchets radioactifs, pourrait être considérée comme « tout stockage de matières nucléaires »³⁷⁸ ou à tout le moins, au seul sens de la Convention de 1997, comme « toutes autres installations dans lesquelles se trouvent du combustible nucléaire ou des produits ou déchets radioactifs »³⁷⁹.

67. La définition de *produits ou déchets radioactifs*. Aux termes de l'article Premier 1.g), la locution *produits ou déchets radioactifs* se définit comme

« toute matière radioactive obtenue au cours du processus de production ou d'utilisation d'un combustible nucléaire, ou toute matière rendue radioactive par exposition aux rayonnements émis du fait de ce processus, à l'exclusion des radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication et susceptibles d'être utilisés à des fins scientifiques, médicales, agricoles, commerciales ou industrielles »³⁸⁰.

La définition est ressemblante à celle du texte de Paris, mais elle n'est pas identique. La logique quasi tautologique caractérisant ce dernier n'y apparaît pas. Les rédacteurs des Conventions de Vienne ont, en effet, résorbé quelques ambiguïtés en excluant complètement du régime les radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication, faisant fi de leur localisation « dans » ou « hors » une installation. La définition des *produits ou déchets radioactifs* reposant alors principalement sur celle de *combustibles nucléaires*, elle nous guide une nouvelle fois vers la piste d'une exclusion du risque nucléaire de fusion du régime conventionnel de Vienne. Le tritium d'une installation de fusion, s'il est radioactif, n'atteint pas cet état en raison de la production ou de l'utilisation d'un *combustible nucléaire*.

68. Conclusion du § et transition. En conclusion, une installation de fusion n'est pas un *réacteur nucléaire* dès lors qu'elle ne contient aucun *combustible nucléaire* et aucune *matière nucléaire* disposés de telle sorte qu'une réaction en chaîne de fission nucléaire puisse s'y produire. Par conséquent, une installation de fusion n'est pas une installation susceptible d'utiliser ou d'entreposer du combustible nucléaire, de stocker des *matières nucléaires* ou susceptible de contenir du *combustible nucléaire* ou des *déchets ou produits radioactifs*. Il en résulte que les installations de fusion sont bien exclues du champ d'application de la Convention de Vienne de 1963 et de 1997. Si l'analyse fournie est d'ailleurs corroborée par la définition du *dommage nucléaire* tel que contenu dans le texte de 1963, lequel a néanmoins connu une évolution en 1997, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, elle est également en tout point conforme aux indications fournies par les textes explicatifs des deux conventions. À l'image de l'*Exposé des motifs* de la Convention de Paris, les rédacteurs de la Convention de 1963 avaient justifié leur choix par le fait « [qu'] en 1963 la fusion nucléaire n'avait pas atteint le stade d'une application industrielle et que ses conséquences dangereuses n'étaient pas bien connues »³⁸¹. Cela a été par la suite confirmé par le Comité de rédaction de la Convention de 1997 qui a considéré, lors de sa septième session, « qu'il était trop tôt pour examiner l'application du régime de responsabilité civile aux futures installations de fusion »³⁸².

³⁷⁸ Convention de Vienne (1963, 1997), art. Premier 1.j.iii.

³⁷⁹ Convention de Vienne (1997), art. Premier 1.j.iv.

³⁸⁰ Convention de Vienne (1963, 1997), art. Premier 1.g.

³⁸¹ INLEX, *Textes explicatifs de Convention de Vienne de 1997 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires et Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires*, 2004, [ci-après *Textes explicatifs*], p. 9.

³⁸² Comité de Rédaction de la Convention de Vienne, septième session, 1993, doc. SCNL/7/INF.6, p. 9

Les Conventions de Vienne étant plus restrictives que la Convention de Paris, il en résultera que l'amendement constituera l'étape nécessaire et exclusive à l'intégration des installations de fusion en son sein³⁸³. Cela se confirme encore lorsque doit être envisagée la particularité présentée par ITER concernant le champ d'application de ces deux régimes.

SECTION 2. L'EXCLUSION DE L'INSTALLATION ITER PAR LES CONVENTIONS PRINCEPS

69. L'existence d'un débat sur la qualification du tritium utilisé par ITER. Lors de l'étude de la Convention de Paris et des Conventions de Vienne opérée ci-dessus, le cas du tritium produit par l'exposition aux radiations résultant des opérations d'utilisation de combustibles nucléaires dans certaines installations de fission a été rapidement évoqué. Si nous étions alors concentrés sur le tritium produit par les installations de fusion au regard de la définition des termes *combustibles nucléaires* et *produits ou déchets radioactifs*, il convient désormais d'aborder cette question par le prisme de la situation de l'installation ITER. Le tritium utilisé aux fins de mener à bien la réaction nucléaire pourrait effectivement influencer sur la qualification de l'installation ITER comme une *installation nucléaire* au sens des conventions *princeps*, laquelle a ainsi donné lieu à un débat autour du sens à conférer à la notion.

70. Plan. Il convient donc d'exposer la substance de ce débat (§ 1) avant de trancher définitivement sur l'exclusion des activités de fusion, et spécifiquement d'ITER du champ d'application des Conventions *princeps* (§ 2).

§ 1. La teneur du débat portant sur l'appréciation du tritium utilisé par ITER

71. Le tritium, un produit ou déchet radioactif? À l'occasion des discussions entreprises entre l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire et l'Organisation ITER concernant la couverture des installations de fusion par la Convention de Paris (de 1982), et plus spécifiquement de l'installation ITER, les représentants de l'organisation avaient avancé l'argument selon lequel le tritium utilisé par cette dernière pourrait être considéré comme un *produit ou déchet radioactif*. Pour cela, ils se fondaient sur le fait que durant sa phase d'exploitation, il est prévu que le réacteur expérimental ITER puise le tritium nécessaire à son fonctionnement dans le stock produit par certains réacteurs nucléaires à eau lourde, notamment les réacteurs de type CANDU. Déchet radioactif de ces installations de fission nucléaire utilisant de l'uranium naturel, le tritium constituerait, dans ce contexte particulier, une matière radioactive produite par exposition aux radiations résultant d'opération de production ou d'utilisation de *combustibles nucléaires* conformément audit article 1.a.iv) de la Convention de Paris (de 1982 et de 2004). Puisqu'il constituerait alors un *produit ou un déchet radioactif*, ce tritium deviendrait une *substance nucléaire* et ITER serait, sinon une *usine de stockage de substances nucléaires*, du moins installation dans laquelle seraient détenus des *produits ou déchets radioactifs* et pouvant être identifiée comme telle sur décision du Comité de Direction³⁸⁴.

³⁸³ Voy. *infra* Chapitre 2.

³⁸⁴ Voy. *Convention de Paris* (1982, 2004), art. 1.a.ii.

72. Le tritium, un produit radioactif exclu ? Cette hypothèse avait alors rencontré l'opposition de certaines délégations. S'appuyant sur l'exception prévue au même article selon laquelle seraient exclus de cette définition les radioisotopes qui

[1] sont parvenus au dernier stade de fabrication

[2] sont destinés à une utilisation scientifique, médicale, industrielle ou commerciale

[3] qui se trouvent en dehors d'une installation nucléaire (cette condition ne valant que pour la Convention de Paris)³⁸⁵,

ces délégations considéraient ainsi que le tritium produit par les réacteurs CANDU utilisé sur ITER appartient, en effet, à cette catégorie. Cette opposition d'opinion, née de la difficulté à catégoriser ledit tritium, soulève donc théoriquement deux questions. La première, qui a constitué le cœur du débat, est celle du sens à conférer à la notion de « radioisotope ayant atteint ledit stade final de fabrication pour (dans le cas d'ITER) une utilisation à des fins scientifiques ». La deuxième est relative à la manière dont devrait être appréhendée cette exclusion dès lors que les installations de fusion pourraient être considérées comme des « installations nucléaires ». Faudrait-il considérer qu'il constitue *a contrario* un *produit ou déchet radioactif*? Si cette condition révèle la logique circulaire du texte de Paris³⁸⁶, elle ne sera cependant pas abordée ici.

§ 2. L'appréciation du débat portant sur l'appréciation du tritium utilisé par ITER

73. Plan. Partant du postulat selon lequel les installations de fusion, et donc ITER, ne constituent pas des *installations nucléaires*, seules les deux premières conditions évoquées ci-dessus, et déterminant la catégorie à laquelle appartient ledit tritium, seront étudiées. Il s'avérera donc opportun d'apprécier respectivement ce que recouvrent les syntagmes « susceptible d'être utilisé à des fins scientifiques » (A.) et « dernier stade de fabrication » (B.).

A. Un radioisotope susceptible d'être utilisé à « des fins scientifiques » ?

74. La recherche d'une fin subjective ou objective ? Dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, la Cour internationale de Justice avait été confrontée à une question quelque peu similaire. Au cœur du différend, opposant l'Australie (et la Nouvelle-Zélande) au Japon, se trouvait le programme *Jarpa II*, un vaste programme de chasse à la baleine initié par l'État nippon et mené à des fins de recherche scientifique en vertu du régime dérogatoire organisé par le paragraphe 1 de l'article VIII de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine³⁸⁷. L'Australie, récusant la finalité scientifique dudit programme, avait donc saisi la Cour, qui pour se prononcer sur la licéité du programme japonais, avait procédé à une recherche de la qualification de

³⁸⁵ Voy. *Convention de Paris* (1982, 2004), art. 1.a.iv.

³⁸⁶ C'est une logique tautologique puisque pour définir la notion d'installation nucléaire, il faut appréhender la notion de produits et déchets radioactifs, notion qui implique elle-même celle d'installation nucléaire.

³⁸⁷ *Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine*, signée à Washington, le 2 décembre 1946, entrée en vigueur le 10 novembre 1948, RTNU, vol. 161, p. 74, art. VIII paragraphe 1 : « [n]onobstant toute disposition contraire de la présente Convention, chaque Gouvernement contractant pourra accorder l'un de ses nationaux un permis spécial l'autorisant tuer, capturer et traiter des baleines *en vue de recherches scientifiques* [...] ».

ce dernier au travers d'une interprétation de la locution « *en vue de recherche scientifique* ». Pour alors en apprécier le sens, la Cour a été d'avis que les deux éléments qui composent cette expression étaient cumulatifs³⁸⁸.

75. Au regard de notre étude, plus que la notion de *recherche scientifique* dont elle s'était de toute façon refusée à donner une définition générale³⁸⁹, c'est donc la manière dont a été appréhendé le vocable « en vue de » qui retiendra notre attention, ou plus exactement la manière dont elle ne l'a pas fait. Pour apprécier ladite notion, la Cour avait en effet utilisé un critère objectif tenant au caractère raisonnable du programme au regard des objectifs scientifiques annoncés sans chercher à déceler les réelles intentions de l'État nippon. Ainsi, l'idée de *fins scientifiques* pouvait se comprendre comme l'entreprise conduite par des hommes de science pour un objectif de connaissance. Or, quoique cette fin scientifique soit justement le pilier même de l'établissement de l'organisation ITER tel qu'en témoignent le préambule et l'article 2 du Traité l'établissant³⁹⁰, elle n'est pas nécessairement la fin recherchée au tritium susceptible d'être utilisé dans le réacteur d'ITER. C'est du moins la thèse qui paraît avoir été avancée par les experts de l'Organisation. À l'image des juges ayant regretté la décision de la Cour et pour qui l'idée *en vue* — comme l'idée de *fin* — devait appeler à une intention ou à une fin recherchée³⁹¹, les experts ont considéré que ledit tritium « *should be consider as a 'nuclear material' as it will be produced by a fission process in a fission reactor (a CANDU reactor) in the frame of a normal operation* »³⁹². Dit autrement, ils ont privilégié un critère subjectif tenant à la finalité de la fabrication du tritium. À partir du moment où le tritium s'avérait être un produit du fonctionnement courant de ces réacteurs dans leur utilisation habituelle, il ne pouvait donc constituer un radioisotope susceptible d'être utilisé à des fins scientifiques. Cette position a alors rencontré l'opposition de certaines délégations qui ont pris le parti d'une approche objective. Pour ces dernières, dès lors que le tritium produit peut être utilisé par d'autres installations « *for numerous purpose (including scientific purpose)* »³⁹³, il ne pouvait être considéré comme un déchet radioactif.

76. **La confirmation d'une appréhension objective.** La question n'a, semble-t-il, pas été réglée lors des discussions suivantes. Cependant, il nous semble qu'une approche textuelle des termes de la disposition imposerait de trancher en faveur de la seconde interprétation proposée³⁹⁴. En insistant sur la finalité de la fabrication du tritium dans les réacteurs CANDU, il se pourrait que les experts de l'organisation aient, en effet, déplacé le débat sur un problème différent de celui qui leur avait été soumis. Si l'article 1.a.iv) de la Convention de Paris aborde bien la question de la production de ces radioisotopes, la finalité scientifique paraît insister sur leur utilisation potentielle (marquée par l'emploi de la locution « susceptibles d'être utilisés »³⁹⁵) et faisant fi de la finalité de leur production à

³⁸⁸ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, 31 mars 2014, *Rec. CIJ*, pp. 254-255, §§ 67-71.

³⁸⁹ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, *op. cit.*, p. 258, §§ 86-88.

³⁹⁰ Voy. *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER*, signé à Paris le 21 novembre 2006, entrée en vigueur le 24 octobre 2007, *RTNU*, vol. 2491, p. 207, art. 2.

³⁹¹ CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, arrêt du 31 mars 2014, *op. cit.*, opinion dissidente du juge BENOÛNA, p. 122 et Opinion dissidente du juge ABRAHAM, p. 107.

³⁹² AEN, "Nuclear law Committee, Draft Summary Record of the meeting held on 15-16 June 2011", NEA/SEN/NLC(2011)3, p. 10.

³⁹³ AEN, "Nuclear law Committee, Draft Summary Record of the meeting held on 15-16 June 2011", *op. cit.*, p. 10.

³⁹⁴ Sur les règles d'interprétation des traités internationaux voy. *infra* Chapitre 2.

³⁹⁵ Et « *so as to be usable* » dans la version anglaise du texte de la Convention de Paris.

l'origine. Si l'article avait été rédigé dans les termes « à l'exception des radioisotopes *susceptibles d'être produits* à des fins scientifiques », la thèse avancée par les experts aurait certainement rencontré plus de crédit. C'est d'ailleurs la solution à laquelle a adhéré le Comité de Direction de l'énergie nucléaire. En 2018, ce dernier a recommandé l'interprétation suivante : « [L]es radioisotopes parviennent à leur dernier stade de fabrication, au sens de l'article 1(a)(iv) de la Convention de Paris, *lorsqu'ils peuvent être utilisés* à des fins industrielles, commerciales, agricoles, médicales, scientifiques ou d'enseignement »³⁹⁶. S'il résulte de la lecture de cette interprétation une appréhension objective de la finalité du radioisotope, cette dernière devait toutefois, et surtout, participer à trancher le débat sur la signification de ce que devait signifier « le dernier stade de fabrication ».

B. Un radioisotope ayant atteint le dernier stade de fabrication ?

77. **Le débat portant sur la signification du « dernier stade de fabrication ».** Concernant la lexie « dernier stade de fabrication », le texte de la Convention n'était également pas suffisamment explicite, et avait, de ce fait, provoqué une nouvelle opposition d'opinions. Parce que la matière première utilisée dans le réacteur ITER sera une combinaison de deutérium et de tritium, les experts avançaient que ce dernier ne pourrait être utilisé en l'état quand il arriverait sur le site. Il serait donc impossible de considérer qu'il ait pu atteindre le dernier stade de fabrication et donc qu'il soit exclu de la définition de la notion de *produits ou déchets radioactifs*. À l'inverse, leurs objecteurs considéraient que l'exclusion de l'article 1.a.iv) devait s'appliquer, car l'Organisation se procurerait ce tritium « *as a specific new product and not as a waste* »³⁹⁷. Partant, ce dernier devrait être appréhendé comme « *a new substance to be used outside the fission cycle, in a separate machine, for scientific purpose* »³⁹⁸. De surcroît, ils arguaient qu'une telle exclusion se justifiait en raison de l'absence de risque exceptionnel lié à l'utilisation de telles matières, tel qu'en dispose le paragraphe 10 de l'*Exposé des motifs* de la Convention³⁹⁹.

78. Une analyse textuelle de la disposition pourrait de nouveau tendre à prendre parti pour l'interprétation avancée à l'encontre de l'inclusion du tritium au sein de la définition de *produits ou déchets radioactifs*. Pour Julia SCHWARTZ, ces radioisotopes sont exclus du régime « une fois totalement confectionnés »⁴⁰⁰. Partant, si l'on considère que c'est bel et bien le radioisotope qui doit s'avérer totalement confectionné, devrait-on douter du fait que cela est le cas du tritium dès lors qu'il s'avère « utilisable en tant que tel » (« *so as to be usable* »), et ce indépendamment de la matière avec lequel il est mélangé aux fins de parvenir au résultat voulu (la réaction de fusion). À titre de comparaison, le tritium utilisé dans les peintures luminescentes est considéré comme un radioisotope ayant atteint le dernier stade de fabrication, et se trouve exclu du champ d'application des conventions *princeps*.

³⁹⁶ Comité de Direction de l'énergie nucléaire, « Recommandation concernant la définition des "radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication" dans la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, telle qu'amendée », adoptée lors de la 136^{ème} session, 19-20 avril 2018, publiée le 5 mars 2020, NEA/NE(2018)3/FINAL.

³⁹⁷ AEN, « Nuclear law Committee, Draft Summary Record of the meeting held on 15-16 June 2011 », *op. cit.*, p. 10.

³⁹⁸ AEN, « Nuclear law Committee, Draft Summary Record of the meeting held on 15-16 June 2011 », *op. cit.*, p. 10.

³⁹⁹ Voy. *Exposé des motifs* (1982), p. 3, § 10, et déjà en ce sens E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *RIDC*, vol. 9, 1957, p. 684.

⁴⁰⁰ J. SCHWARTZ, « Responsabilité civile et réparation pour les dommages résultant d'un accident nucléaire » in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, Paris, Ed. OCDE, 2010, p. 342.

Pourtant, la confection de cette peinture nécessite que ce dernier soit utilisé en combinaison d'autres substances fluorescentes. Dès lors, il convient de se demander en quoi la situation du tritium utilisé dans cette optique aurait différé de celle du tritium utilisé dans le tokamak d'ITER.

79. La confirmation d'une appréhension restrictive. En définitive, la détermination de l'installation ITER comme une *installation nucléaire* au sens de la Convention de Paris pouvait reposer sur un choix interprétatif entre :

- la catégorisation du tritium comme un radioisotope ayant atteint le dernier stade de fabrication qui justifierait l'exclusion de l'installation ITER⁴⁰¹ ;
- la catégorisation du tritium comme un radioisotope n'ayant pas atteint le dernier stade de fabrication ou non susceptible d'être utilisé à des fins scientifiques.

Or, suivant l'interprétation opérée par le Comité de Direction, il devait apparaître que

« [l]es radioisotopes parviennent à leur dernier stade de fabrication, au sens de l'article 1(a)(iv) de la Convention de Paris, lorsqu'ils peuvent être utilisés à des fins industrielles, commerciales, agricoles, médicales, scientifiques ou d'enseignement. Les radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication sont exclus du champ d'application de la Convention de Paris et *n'y seront pas soumis à un stade ultérieur* »⁴⁰²,

80. si bien « [qu']en principe, les radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication ne seront plus couverts par la Convention de Paris, *dès la sortie de l'installation nucléaire où ils ont atteint ce stade (à savoir, "l'installation nucléaire d'origine")* »⁴⁰³.

81. Conclusion de la Section. Il doit donc résulter de cette étude que l'installation ITER, en dépit de la spécificité concernant son approvisionnement en tritium, ne pourra pas être considérée comme une installation nucléaire au sens de la Convention de Paris. Il en irait de même pour les Conventions de Vienne si une telle interprétation leur était rendue opposable. Si cette étude apparaît riche d'enseignements, c'est qu'elle confirme également que d'autres installations de fusion poursuivant une finalité industrielle ne pourront arguer de cette qualité si tant est qu'elles s'approvisionnent en tritium produit une autre installation de fission nucléaire⁴⁰⁴. La question, en revanche, pourra rester ouverte concernant le tritium qui sera produit sur site et qui devra donc y rester aux fins d'une réutilisation. Elle se posera d'ailleurs lors de l'étude qui suivra.

82. Conclusion du Chapitre préliminaire. Si ce *Chapitre préliminaire* est apparu comme un préalable à l'examen des modalités par lesquelles pourraient être modifiées les conventions sur la responsabilité civile nucléaire, c'est parce qu'il a permis d'identifier tant les dispositions conventionnelles qui font

⁴⁰¹ En précisant qu'ITER n'est pas une installation nucléaire – pour la 3^{ème} condition de la définition de produits ou déchets radioactifs posée par la Convention de Paris.

⁴⁰² Comité de Direction de l'Énergie nucléaire, « Recommandation concernant la définition des "radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication" dans la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, telle qu'amendée », *op. cit.*

⁴⁰³ *Ibid*, note du Secrétariat, p. 4.

⁴⁰⁴ Rappelons que cette « utilisation industrielle » est également visée par l'exclusion de la définition de produits ou déchets radioactifs puisqu'elles visent les radioisotopes « destinés à une utilisation scientifique, médicale, industrielle ou commerciale », et voy. considérant la finalité industrielle du tritium produit W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 57.

obstacle à l'intégration des activités de fusion, que celles qui pourraient *in fine* leur ouvrir la voie. En effet, c'est en exploitant les enseignements tirés de cette première appréhension des conventions *princeps*, qu'il conviendra de passer à l'étude des moyens d'adaptation mobilisables aux fins d'une intégration des activités de fusion au sein du régime conventionnel : d'une part, l'amendement formel, et d'autre part, l'interprétation.

CHAPITRE 1

L'INTÉGRATION PAR LA VOIE DE L'AMENDEMENT

83. Une technique classique d'adaptation des traités internationaux. La révision conventionnelle par la voie d'un amendement formel est une technique classique d'adaptation des traités internationaux. Désignant à la fois les modifications apportées aux dispositions d'un traité par les parties contractantes comme la procédure par laquelle *toutes* ces parties sont ainsi invitées à renégocier le contenu de leurs engagements pour les adapter aux changements survenus depuis leur conclusion⁴⁰⁵, l'amendement présente un « intérêt pratique considérable »⁴⁰⁶ ainsi qu'un degré de sécurité juridique non négligeable dès lors qu'il implique le consentement exprès des Parties. Fortement empreint du consensualisme inhérent au droit des traités, il constitue un moyen privilégié par les États pour lutter contre les effets du temps et contre le vieillissement des normes conventionnelles. Il est donc naturellement apparu comme l'une des premières voies envisagées pour intégrer les activités de fusion dans le champ d'application de la Convention de Paris ou dans celui de la Convention de Vienne⁴⁰⁷.

84. Une technique rigide d'adaptation des traités internationaux. Que ce moyen d'adaptation puisse présenter un degré de sécurité et de fiabilité considérable n'empêche cependant pas qu'il fasse preuve d'une certaine complexité. Véritable réécriture du traité, il suppose en effet une procédure formelle qui en limite quelque peu l'efficacité. Aussi, alors que, pendant un certain temps, les États ont pu se dispenser d'organiser à cet effet une procédure particulière, se contentant d'amender le traité par les mêmes voies que celles par lesquelles ils l'avaient adopté (c'est-à-dire bien souvent par la conclusion d'un tout nouveau traité), cette solution est rapidement apparue insuffisante et la pratique s'est répandue d'introduire des dispositions spécifiques dans presque toutes les conventions

⁴⁰⁵ Il conviendra effectivement de préciser pour le présent *Chapitre* que les termes « amendement » et « révision », que l'on retrouve dans les différents textes étudiés, seront ici employés comme des synonymes. La distinction entre l'amendement, qui recouvrirait la modification de certaines dispositions, et la révision de ce dernier dans son ensemble se retrouve en effet parfois dans la doctrine et dans certains traités. Tel est le cas de la Charte des Nations Unies qui prévoit des procédures distinctes pour l'adoption d'amendements (article 108) et pour la révision du traité dans son ensemble (article 109). Toutefois, il n'existe aucune différence qualitative entre les deux termes dès lors que la Convention de Vienne sur le droit des traités ne consacre pas cette distinction : voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session », *ACDI*, 1966, vol. II, p. 253, § 3 ; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, s.v. « révision » ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 23-24 ; P. SANDS, « Article 39 » in O. CORTEN, P. KLEIN (dirs), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaires article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1532 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 294. De même, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* aurait introduit une distinction entre « l'amendement » et la « modification » du traité, qui reposerait ainsi sur une base totalement différente. Le terme « amendement » désignerait la situation dans laquelle il est proposé d'amender un traité multilatéral dans les relations entre toutes les parties, et ce que l'intention soit d'en amender certaines dispositions ou de le réviser dans son ensemble. Le terme « modification », en revanche, désignerait la situation dans laquelle l'intention initiale est de modifier le traité dans les relations entre certaines parties seulement par la conclusion d'un accord *inter se* tel que prévu par l'article 41 de ladite Convention. Toutefois, le terme modification est encore généralement compris comme un terme générique recouvrant tout type de modifications apportées au traité, voire celles, qui nous le verrons *infra* Chapitre 2, pourraient résulter de la pratique subséquente. Aussi, parce que ce terme est celui d'ailleurs employé par la Convention de Paris pour désigner la procédure d'amendement et parce que la « modification par accords *inter se* », comme accord *ab initio* modifiant l'application du traité dans les relations entre certaines parties seulement, ne sera pas spécifiquement abordé au sein de la présente étude, il s'agira de comprendre le terme modification dans son sens générique : voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session », *ACDI*, 1966, vol. II, p. 254, § 6 ; P. SANDS, « Article 39 », *op. cit.*, p. 1532 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 74 et sur la modification par accords *inter se* A. RIGAU, D. SIMON, « Article 41 » in O. CORTEN, P. KLEIN (dirs), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaires article par article*, *op. cit.*, pp. 1562-1587.

⁴⁰⁶ P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} éd. augmentée par P. CAHIER, Paris, PUF, 1995, p. 90.

⁴⁰⁷ Voy. AEN, « Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Convention: Fusion Reactors », *op. cit.* ; L. GRAMMATICO, « Quand la science se heurte au droit : responsabilité civile et installations de fusion », *op. cit.*, pp. 227-234 et ss ou encore W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 64.

internationales. Parce que tel est le cas des conventions concrétisant le régime de responsabilité civile nucléaire, ce sont ces procédures prévues par avance qu'il convient d'étudier aux fins d'envisager l'intégration des activités de fusion dans le champ d'application *ratione materiae* de ces dernières.

85. Plan. Une fois envisagées les dispositions des conventions de responsabilité civile nucléaire qui devront faire l'objet de modifications pour que le régime qu'elles instituent puisse s'appliquer aux dommages susceptibles de résulter des activités de fusion (*Section 1*), il s'agira d'examiner les procédures appelées à être mobilisées pour que lesdites modifications entrent effectivement en vigueur (*Section 2*).

SECTION 1. LES AMENDEMENTS CONVENTIONNELS NÉCESSAIRES

86. Un ensemble conventionnel complet et cohérent. Comme démontré *supra*, les activités de fusion sont exclues des définitions des termes clefs des champs d'application *ratione materiae* des conventions *princeps* sur la responsabilité civile nucléaire tels que délimités par leurs clauses interprétatives. L'identification des modifications à apporter à ces deux ensembles conventionnels constitue donc une première étape obligatoire à l'intégration des activités de fusion au sein de ces deux régimes conventionnels par la voie de l'amendement. Elle ne constitue cependant qu'une première étape. Parce que la Convention de Paris comme la (les) Convention(s) de Vienne sont rapidement apparues insuffisantes pour répondre efficacement à l'impératif de réparation des victimes d'accident nucléaire, elles ont été complétées par des instruments conventionnels. C'est ainsi que la Convention de Paris a été complétée par la Convention complémentaire de Bruxelles, laquelle lui est étroitement liée⁴⁰⁸. C'est ainsi, surtout, que le Protocole commun à la Convention de Paris et de Vienne⁴⁰⁹ et la Convention sur la réparation complémentaire⁴¹⁰ ont été adoptés. Gravitant autour des conventions *princeps*, ces deux derniers textes participent à en garantir l'efficacité et à promouvoir l'émergence d'un régime de responsabilité civile nucléaire globalisé⁴¹¹. Dans l'optique de faire bénéficier les victimes de la fusion nucléaire des garanties de ce régime globalisé, il conviendra donc d'assurer sa complétude et cohérence à l'endroit de ces activités.

87. Plan. Pour cela, après avoir identifié les amendements conventionnels nécessaires à l'intégration des activités de fusion au sein des ensembles conventionnels *princeps* (§ 1), les modifications devant être apportées à ces instruments conventionnels annexes devront donc faire l'objet du même examen (§ 2).

⁴⁰⁸ Convention complémentaire à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, signée à Bruxelles le 31 janvier 1963, amendée avant son entrée en vigueur le 28 janvier 1964, entrée en vigueur le 4 décembre 1974, RTNU, vol. 1041, p. 358 amendée par le Protocole portant modification de la Convention du 31 janvier 1963, complémentaire à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964, signée à Paris le 16 novembre 1982, entrée en vigueur le 1 août 1991, RTNU, vol. 1650, p. 446 et par le Protocole portant modification de la Convention du 31 janvier 1963 complémentaire la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le protocole du 16 novembre 1982, signée à Paris, le 12 février 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

⁴⁰⁹ Voy. Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires et de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, signée à Vienne, le 21 septembre 1988, entrée en vigueur le 27 avril 1992, RTNU, vol. 1672, p. 293.

⁴¹⁰ Voy. Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires, signée à Vienne le 12 septembre 1997, entrée en vigueur le 15 avril 2015, ILM, vol. 36, p. 1473.

⁴¹¹ La Convention de Bruxelles étant étroitement liée à la Convention de Paris, elles seront étudiées simultanément comme formant un ensemble conventionnel.

§ 1. Les ensembles conventionnels *princeps*

88. Deux ensembles conventionnels aux champs d'application divergents. Les principes fondamentaux du régime de responsabilité civile nucléaire, qu'il nous sera donné d'étudier *infra*, sont posés par deux ensembles conventionnels constitués, d'un côté, par la Convention de Paris (complétée par la Convention de Bruxelles) et, de l'autre, par les Conventions de Vienne. Or, quoique poursuivant une finalité commune, on sait désormais que ces instruments voient leurs champs d'application respectifs quelque peu diverger en raison des termes choisis par leurs rédacteurs respectifs pour les circonscrire.

89. Plan. Parce qu'il est désormais admis que les définitions formelles contenues dans ces ensembles conventionnels constituent tant la source de l'exclusion des activités de fusion du champ d'application des régimes visés qu'un moyen réciproque de les intégrer, ces deux ensembles seront donc étudiés successivement : d'abord l'ensemble conventionnel « Paris-Bruxelles » (A.), puis celui de Vienne (B.).

A. L'ensemble conventionnel « Paris-Bruxelles »⁴¹²

90. Une convention mère et une convention fille. Le régime conventionnel établi sous les auspices de l'OCDE reposait initialement sur la seule Convention de Paris. Cette dernière a néanmoins été par la suite complétée par la Convention de Bruxelles qui constitue une convention dépendante ne pouvant être mobilisée qu'à la condition que sa convention mère, c'est-à-dire la Convention de Paris, soit applicable⁴¹³.

91. Plan. Les deux textes étant ainsi intrinsèquement liés, il s'agira, quelles que soient les modifications substantielles apportées à la Convention de Paris (1.), de mesurer leur influence sur la lecture de la Convention de la Bruxelles (2.).

1. La Convention de Paris

92. Les termes clefs de la Convention de Paris. Aux termes de l'article 3 de la Convention de Paris, l'exploitant d'une *installation nucléaire* est responsable de certains dommages causés par un *accident nucléaire* survenu sur son *installation* ou mettant en jeu des *substances nucléaires* provenant de cette installation. Or, comme cela a déjà été établi, les définitions *de lege lata* de ces termes excluent par principe les installations de fusion. D'une part, ces dernières ne contenant ou ne produisant aucune *substance nucléaire*, entendue comme les *combustibles nucléaires* et les *déchets ou produits radioactifs*, elles n'apparaissent ni comme des *installations nucléaires* ni comme des installations susceptibles d'en mettre en jeu⁴¹⁴. D'autre part, et en l'absence de toute réinterprétation opérée en ce sens⁴¹⁵, elles ne peuvent vraisemblablement pas être qualifiées de réacteurs nucléaires⁴¹⁶.

⁴¹² J. SCHWARTZ, « Responsabilité civile et réparation pour les dommages résultant d'un accident nucléaire », *op. cit.*, p. 349.

⁴¹³ Comme la Convention de Paris, la Convention complémentaire de Bruxelles a d'ailleurs été amendée en 2004 et le Protocole d'amendement est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

⁴¹⁴ Voy. *supra* Chapitre préliminaire, Section 1, § 1.

⁴¹⁵ Voy. *infra* Chapitre 2.

⁴¹⁶ Voy. *supra* Chapitre préliminaire, Section 1, § 1, A.

93. Plan. Puisque le champ d'application *ratione materiae* de la Convention de Paris est conditionné par la définition des termes suscités, il s'agira d'abord d'envisager une modification de la définition de *l'installation nucléaire* (a.). Parce que cette seule modification ne permettrait toutefois pas au texte de couvrir de manière satisfaisante l'ensemble des dommages résultant des activités de fusion, il s'agira également d'envisager une modification de la définition de *substance nucléaire*, laquelle ne pourra passer que par une modification préalable du sens attribué à la notion qu'elle englobe principalement : celle de *combustible nucléaire* (b.).

a. Une modification insuffisante de la définition d'installation nucléaire

94. Une modification théoriquement englobante. De prime abord, la modification de l'article 1.a.ii) de la Convention de Paris, aux fins d'inclure les installations de fusion dans la définition d'une *installation nucléaire*, paraît être la solution à la fois la plus aisée et la plus solide d'un point de vue juridique⁴¹⁷. Lue *de lege lata* comme suit :

« "Installation nucléaire" signifie les réacteurs à l'exception de ceux qui font partie d'un moyen de transport ; les usines de préparation ou de fabrication de substances nucléaires ; les usines de séparation des isotopes de combustibles nucléaires ; les usines de traitement de combustibles nucléaires irradiés ; les installations d'entreposage de substances nucléaires à l'exclusion de l'entreposage de ces substances en cours de transport ; les installations destinées au stockage définitif de substances nucléaires ; y compris de tels réacteurs, usines et installations qui sont en cours de déclassement [...] »⁴¹⁸,

elle pourrait *de lege ferenda* être lue comme suit :

« [**Proposition n° 1**] "Installation nucléaire" signifie les réacteurs à l'exception de ceux qui font partie d'un moyen de transport ; **les installations de fusion nucléaire**, les usines de préparation ou de fabrication de substances nucléaires ; les usines de séparation des isotopes de combustibles nucléaires ; les usines de traitement de combustibles nucléaires irradiés ; les installations d'entreposage de substances nucléaires à l'exclusion de l'entreposage de ces substances en cours de transport ; les installations destinées au stockage définitif de substances nucléaires ; y compris de tels réacteurs, usines et installations qui sont en cours de déclassement [...] ».

Il faut toutefois se défier des apparences. Parce que le texte de la Convention de Paris a déjà fait montre de sa construction complexe, il sied de vérifier l'influence véritable de cette modification sur l'extension de son champ d'application.

95. Une modification à la portée pratique limitée. Aux termes de ce texte, la responsabilité de l'exploitant d'une *installation nucléaire* est en effet engagée pour les dommages occasionnés « par un *accident nucléaire* survenu dans cette installation ou qui mettraient en jeu des *substances nucléaires* en provenant »⁴¹⁹. Or, le texte de la Convention de Paris définit un *accident nucléaire* comme un fait ou une succession de faits de même origine ayant causé des *dommages nucléaires* dont la réparation n'est organisée qu'à condition qu'ils résultent ou découlent

(première possibilité instituée par le texte) des rayonnements émis par des *combustibles nucléaires* ou des *produits ou déchets radioactifs* se trouvant dans une installation nucléaire, ou de *substances*

⁴¹⁷ Voy. L. GRAMMATICO, « Quand la science se heurte au droit : responsabilité civile nucléaire et installations de fusion », *op. cit.*, p. 234.

⁴¹⁸ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ii).

⁴¹⁹ *Convention de Paris* (2004), art. 3.

nucléaires qui proviennent d'une installation nucléaire, en émanant ou y sont envoyées, que la perte ou le dommage résulte des propriétés radioactives de ces matières ou d'une combinaison de ces propriétés et des propriétés toxiques, explosives ou autres propriétés dangereuses de ces *matières* ;

(seconde possibilité instituée par le texte) des rayonnements ionisants émis par toute autre source de rayonnements qui se trouve à l'intérieur d'une installation nucléaire, au sens de la Convention⁴²⁰.

Il apparaît donc que la première partie de cette définition ne peut englober une quelconque situation se produisant sur une installation de fusion, quand bien même celle-ci serait *in extenso* visée par la définition de l'*installation nucléaire*. Le tritium ne constitue, en effet, ni un *combustible nucléaire* ni un *produit ou déchet radioactif*. Si celui-ci peut éventuellement être produit par exposition aux radiations résultant des opérations d'utilisation de combustibles nucléaires dans certaines installations de fission, sa fabrication dans les installations de fusion pure ne repose pas sur l'utilisation de *combustibles nucléaires* au sens de la Convention de Paris⁴²¹. Autrement dit, aucun *accident nucléaire* répondant à la première possibilité ne pourrait se produire dans une installation de fusion, exception faite, peut-être, de celle de l'organisation ITER dont le cas équivoque sera abordé par la suite.

Quant à la seconde possibilité, elle semblerait certainement poser moins de difficultés puisque, sans être un *combustible nucléaire* ou un *produit ou déchet radioactif*, le tritium demeure un isotope radioactif. Émettant à ce titre des rayonnements ionisants, il constituerait donc bien une source de rayonnement se trouvant à l'intérieur d'une *installation nucléaire*, autorisant donc ces installations, mais également les accidents qu'elles pourraient générer à entrer *ipso facto* dans le champ d'application de la Convention de Paris. Cela étant, il faut avouer que l'exclusivité d'application de cette seconde possibilité n'emporte pas la conviction, remettant ainsi en cause la pertinence de cette première proposition de modification. Outre le risque subsistant, mais peu probable que le Comité de Direction décide, en vertu de l'article 1.b) de la Convention de Paris, d'exclure discrétionnairement cette catégorie d'installations en raison « des risques réduits qu'elle comporte »⁴²², la limitation de l'application de la Convention de Paris aux seuls dommages résultant d'une émission radioactive depuis l'intérieur d'une installation de fusion circonscrirait à l'excès la liste des dommages susceptibles d'être causés par les activités de fusion nucléaire. Certes, l'incertitude demeure quant à la nature des épisodes dommageables susceptibles de résulter des activités de fusion et quant à la spécificité et la nature des risques qu'elles présentent⁴²³. Néanmoins, même en présumant que la réalisation du risque caractérisant ces activités est principalement le risque radioactif lié au tritium et

⁴²⁰ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.i et vii ; *Exposé des motifs* (2004), pp. 6, 28, §§ 13 et ss et 61. Cette définition connaît une simple exception pour ce qui concerne les mesures préventives sur lesquelles il nous sera donné de revenir *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1 et qui reste sans influence à ce stade de notre étude. On notera simplement qu'elle a conduit à obliger à redéfinir l'*accident nucléaire* par rapport au texte de 1982 en transférant une partie de ses éléments de définition dans la définition du *dommage nucléaire*. Mais une fois ces morceaux rassemblés, les caractéristiques sont demeurées identiques : voy. pour comparaison *Convention de Paris* (1982), art. 1.a.i ; *Exposé des motifs* (1982), § 8 et sur cette question R. DUSSART-DESART, « La réforme de la *Convention de Paris* sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, Paris, Ed. OCDE, 2006, p. 248.

⁴²¹ Voy. *supra* Chapitre préliminaire, Section 1, § 1.

⁴²² *Convention de Paris* (2004), article 1.b). Voy. également en ce sens AEN, "Liability for risks posed by nuclear fusion installation", NEA/NLC/DOC (2011)3, p. 6, note 4. Néanmoins, ce risque paraît en réalité peu probable compte tenu de l'identité de parties participant tant à l'amendement qu'à la décision du Comité de Direction, sauf à considérer l'exclusion de certaines installations de fusion tout à fait particulière.

⁴²³ Dans ce sens que l'on présume qu'il n'y aurait aucune autre propriétés toxiques, explosives ou dangereuse susceptible de se combiner au risque radioactif, comme on pourra le tempérer *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 2, A.

que le tritium est principalement susceptible d'entraîner une émission de rayonnements ionisants, il est à tout le moins une limite qui peut d'ores et déjà nous occuper : celle que le risque que présentent les activités de fusion puisse, à l'instar de celui des activités de fission, ne pas être cantonné à l'installation en tant que telle, et qu'un dommage puisse ainsi tout aussi bien résulter d'un évènement survenant sur une installation que d'un évènement « mettant en jeu des substances provenant de cette installation »⁴²⁴, ou à destination de celle-ci⁴²⁵.

Pour cela, d'aucuns ont préféré une modification de la définition de *combustible nucléaire* à la modification de la définition d'*installation nucléaire*⁴²⁶. Englobé dans la définition de *substance nucléaire*, ce terme constituerait, en effet, la véritable clef de voûte de la Convention de Paris puisque c'est lui qui, initialement, limiterait techniquement le champ d'application de la Convention aux installations mettant en jeu des réactions de fission.

b. Une modification complexe de la définition de combustibles nucléaires

96. Une modification à la portée englobante. Le terme *combustible nucléaire* constitue certainement la pierre angulaire du champ d'application de la Convention de Paris et le facteur principal de l'éviction des activités de fusion de ce dernier. Alors que le terme participe à définir les définitions des notions de *dommage nucléaire*⁴²⁷, d'*installation nucléaire*⁴²⁸, de *produits ou déchets radioactifs*⁴²⁹ et enfin de *substance nucléaire*⁴³⁰, sa définition exclut explicitement toutes matières susceptibles d'être mobilisées pour entretenir une réaction de fusion nucléaire :

« “Combustibles nucléaires” signifie les *matières fissiles* comprenant l'uranium sous forme de métal, d'alliage, de composé chimique (y compris l'uranium naturel), le plutonium sous forme de métal, d'alliage ou de composé chimique et toute autre *matière fissile* qui serait désignée par le Comité de Direction »⁴³¹.

Il suffirait ainsi d'une suppression du qualificatif « *fissile* »⁴³² dans la deuxième partie de la disposition pour que l'article se lise comme suit, et que la voie soit ainsi ouverte au Comité pour y inclure les combustibles utilisés en matière de fusion :

[Proposition n° 2] : « “Combustible nucléaire” signifie les matières fissiles comprenant l'uranium sous forme de métal, d'alliage, de composé chimique (y compris l'uranium naturel), le plutonium sous forme de métal, d'alliage ou de composé chimique et toute autre *matière fissile* qui serait désignée par le Comité de Direction ».

Suivant une interprétation excessivement littérale, le fait que les installations de fusion présenteront cette faculté à produire du tritium pourrait ainsi participer à les faire entrer dans la catégorie des *installations nucléaires* en tant « [qu'] usine de fabrication de substance nucléaire »⁴³³. Il faut cependant

⁴²⁴ *Convention de Paris* (2004), art. 3

⁴²⁵ Sur cette possibilité spécifique au transport de substances nucléaires voy. *Convention de Paris* (2004), art. 4.

⁴²⁶ Voy. AEN, “Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Convention: Fusion Reactors”, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁴²⁷ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii.

⁴²⁸ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ii.

⁴²⁹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.iv.

⁴³⁰ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.v.

⁴³¹ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.iii.

⁴³² Les matières de fusion ne constituent pas des *matières fissiles* : voy. *supra* Chapitre préliminaire, Section 1, § 1, B.

⁴³³ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ii.

que l'on s'accorde sur le fait que la production de *substance nucléaire* (laquelle inclut les *combustibles nucléaires*⁴³⁴) n'est pas le premier objectif des machines de fusion, mais une fonction accessoire permettant leur fonctionnement autarcique⁴³⁵. Davantage, si cette option ne devait pas convaincre, les installations de fusion pourraient être intégrées sur décision du Comité de Direction de l'Énergie nucléaire de l'Organisation. Usant de son pouvoir de révision *de facto*, ce dernier pourrait alors désigner une installation de fusion comme une *installation nucléaire* dans laquelle seraient détenus des *combustibles nucléaires* ou des *produits ou déchets radioactifs*⁴³⁶, et ce afin de répondre aux objectifs de la disposition qui est de prévoir « les transformations à venir et les activités nouvelles pouvant comporter des risques exceptionnels »⁴³⁷. Ainsi, les dommages susceptibles d'être causés par les activités de fusion pourraient entrer dans la catégorie des *dommages nucléaires*⁴³⁸, et plus généralement convoquer la responsabilité de l'exploitant d'une installation de fusion au titre de l'article 3 du texte : il serait bien l'exploitant d'une *installation nucléaire* et des *dommages nucléaires* pourraient effectivement avoir été causés par un *accident nucléaire* survenu dans cette installation, ou mettant en jeu des *substances nucléaires* provenant de cette installation⁴³⁹.

97. Une modification à la procédure alourdie. Une telle modification pourrait toutefois entraîner des conséquences négatives. Il en résulterait, en effet, un élargissement de la définition de *combustibles nucléaires* susceptible d'ouvrir la voie à l'inclusion de nombreuses autres installations mettant en jeu des *substances nucléaires lex ferenda* ; cela sans pour autant que le risque leur étant inhérent justifie que les exploitants de ces installations soient soumis à la rigueur du régime de responsabilité civile⁴⁴⁰. De surcroît, ces modifications pourraient également apparaître comme contraires à l'esprit des rédacteurs qui semblaient limiter la définition de *substances nucléaires* à certaines matières dangereuses, tel qu'en témoigne l'exclusion de l'uranium naturel ou appauvri de ses termes⁴⁴¹. Certes, il resterait alors cette possibilité pour le Comité de Direction de « décider qu'une catégorie d'installations nucléaires, de combustibles nucléaires ou de substances nucléaires sera, en raison des risques réduits qu'elle comporte, exclue du champ d'application de la présente Convention »⁴⁴². Il n'en demeure pas moins qu'une telle modification pourrait susciter des difficultés d'un point de vue procédural. D'une part, elle obligerait le Comité de Direction à régulièrement évincer les combustibles ou les substances qui trouveraient une place dans les définitions *lex ferenda*, sans toutefois présenter les risques légitimant

⁴³⁴ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.v. : « Substances nucléaires signifie les *combustibles nucléaires* (à l'exclusion de l'uranium naturel et de l'uranium appauvri) et les produits ou déchets radioactifs »

⁴³⁵ On rappellera que les réacteurs construits sur le modèle d'ITER devraient posséder une couverture en lithium afin que ce dernier puisse absorber les neutrons et les recombinaison en atomes de d'hélium et de tritium. Ce dernier sera ainsi extrait puis recyclé dans le plasma afin de reprendre sa fonction de combustible : voy. *supra* Introduction § 6.

⁴³⁶ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ii.

⁴³⁷ *Exposé des motifs* (2004), p. 11, § 22. Dans cette hypothèse, la possibilité évoquée *supra* (Chapitre préliminaire, Section 1, § 1, B, conclusion) et formulée dans l'*Exposé des motifs* selon laquelle « au vu de l'évolution des recherches dans ce domaine [la fusion nucléaire], le Comité de Direction pourra étendre le champ d'application de la Convention à ce type d'installation conformément aux dispositions des articles 1(a)(ii) et 16 » deviendrait donc valide : voy. *Exposé des motifs* (2004), pp. 9-10, § 18.e.

⁴³⁸ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii.

⁴³⁹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 3.

⁴⁴⁰ Voy. AEN, "Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Convention: Fusion Reactors", *op. cit.*, pp. 9-10. Si de prime abord, on pourrait, en effet, considérer qu'un régime englobant est bénéfique pour les victimes, c'est que nous n'avons pas encore entrevu la rigueur des principes qui le constituent.

⁴⁴¹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.v.

⁴⁴² *Convention de Paris* (2004), art. 1.b. Un tel procédé a déjà été mis en œuvre pour exclure l'uranium à faible risque : voy. *Décision du Comité de Direction du 27 octobre 1977*, [NE/M(77)2].

l'application du régime⁴⁴³. D'autre part, et surtout, cette modification du terme *combustible nucléaire* impliquerait la mise en œuvre de deux procédures successives : d'abord celle de l'amendement, puis celle par laquelle le Comité désignerait les matières utilisées dans le procédé de fusion comme un *combustible nucléaire* et, éventuellement, l'installation de fusion comme une *installation nucléaire*⁴⁴⁴. Bien que ces procédures aient en commun de convoquer l'accord mutuel des membres, il n'en demeure pas moins que la révision de la Convention pourrait s'en voir alourdie alors que le processus de l'amendement demeure déjà complexe⁴⁴⁵.

Cela étant, que l'on opte pour une modification de la définition du terme *installation nucléaire* ou du terme *combustible nucléaire*, il conviendra encore de vérifier comment une telle modification pourrait influencer sur le régime de réparation complémentaire créé par la Convention de Bruxelles.

2. La Convention complémentaire de Bruxelles

98. Un système d'indemnisation complémentaire à la Convention de Paris. Un des principes généraux sur lesquels repose le régime spécial de responsabilité civile nucléaire est celui de la limitation de la responsabilité de l'exploitant dans son *quantum* et/ou de la limitation de la couverture de la responsabilité par une assurance ou autre garantie financière. Comme il le sera abordé *infra*, ce principe est rapidement apparu comme la contrepartie nécessaire de la charge financière pesant sur l'exploitant d'une installation nucléaire du fait de la canalisation de sa responsabilité. Cependant, ce principe est également rapidement apparu comme un obstacle concret à la réparation des dommages susceptibles de résulter d'un accident nucléaire de grande ampleur. Guidés par la double idée qu'un accident catastrophique nécessitait des fonds publics et qu'en cette circonstance, une solidarité, sinon internationale, à tout le moins régionale, devait s'imposer, les États parties à la Convention de Paris ont donc mis en place un mécanisme d'indemnisation complémentaire que concrétise la Convention de Bruxelles. Or, l'efficacité du mécanisme mis en place par cette dernière commande que son champ d'application s'inscrive en cohérence avec celui de la Convention de Paris⁴⁴⁶. Pour cela, il convient de vérifier que toute modification apportée à la seconde ne se trouve pas en contradiction avec la première.

99. Un système conséquemment soumis aux dispositions de la Convention de Paris. En réalité, la Convention de Bruxelles est en ce sens d'une lecture assez simple. En effet, l'article premier pose d'emblée le principe d'une soumission du régime institué aux dispositions de la Convention de Paris⁴⁴⁷. La cohérence entre les deux textes est encore explicitée par l'article 2. En limitant l'application du régime complémentaire aux « accidents nucléaires dont la responsabilité incombe, en vertu de la Convention de Paris, à l'exploitant d'une installation nucléaire »⁴⁴⁸, ce dernier renvoie *ipso facto* aux

⁴⁴³ Il est évidemment ici fait référence à des substances autres que celles utilisées pour la fusion : une telle exclusion serait contradictoire si l'on considère que le but de ces amendements est d'inclure les activités de fusion.

⁴⁴⁴ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 16 : « [I]es dispositions prises par le Comité de Direction en vertu de l'article 1 (a) (ii), 1 (a) (iii) et 1 (b), sont adoptées par accord mutuel des membres représentant les Parties Contractantes ».

⁴⁴⁵ Voy *infra* Section 2.

⁴⁴⁶ Le mécanisme d'indemnisation complémentaire de la Convention de Bruxelles sera étudié dans le Titre II de la présente Partie.

⁴⁴⁷ Voy. *Convention complémentaire de Bruxelles* (2004), art 1.

⁴⁴⁸ Voy. *Convention complémentaire de Bruxelles* (2004), art. 2 ; *Exposé des motifs de la Convention de Bruxelles* (2004), p. 2.

définitions contenues dans la Convention de Paris⁴⁴⁹. En tenant compte du fait que la Convention de Bruxelles n'est ouverte qu'aux États parties à la Convention de Paris⁴⁵⁰, toute modification apportée aux clauses interprétatives de la seconde devrait donc être automatiquement reconnue à l'endroit de la première, et ce sans qu'il soit nécessaire de procéder à quelque modification formelle de celle-ci.

L'étude du régime régional « Paris-Bruxelles » a abouti à la proposition de deux solutions d'amendements. Il conviendra de s'intéresser désormais à son homologue mondial établi dans le cadre de l'AIEA.

B. Le régime conventionnel de Vienne

100. Deux champs d'application explicitement circonscrits. La Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires ayant été élaborée avec le même objectif fondamental que la Convention de Paris, son champ d'application recoupe largement celui de son homologue. À l'image de ce dernier, le régime qu'elle institue, destiné à attribuer la responsabilité pour les *dommages nucléaires* provoqués par un *accident nucléaire* survenant dans une *installation nucléaire* ou durant le transport de *matière nucléaire* à destination ou en provenance d'une telle installation, s'articule donc autour de ces notions fondamentales. Par une référence explicite « aux réactions en chaîne de fission nucléaire », ces notions participent même à exclure plus strictement le risque nucléaire de fusion du champ d'application de la Convention⁴⁵¹. S'il en va peu ou prou de même de la Convention de 1997, il subsiste néanmoins quelques différences qui justifieront l'étude parfois différenciée des deux textes.

101. Plan. En gardant en tête la dualité du régime de Vienne, il s'agira donc d'envisager une modification des définitions des termes clefs des Conventions, à savoir celles de l'*installation nucléaire* (1.) et celles de *combustible nucléaire*, qui englobées dans la définition de *matière nucléaire*, constituent derechef les pierres angulaires de leurs champs d'application (2.).

1. L'insuffisance bis de la modification de la définition d'installation nucléaire

102. Une modification tributaire de la définition du *dommage nucléaire*. Comme à l'endroit de la Convention de Paris, la modification de l'article premier des Conventions de Vienne, aux fins d'inclure les installations de fusion dans la définition d'une *installation nucléaire*, pourrait de prime abord être la solution la plus aisée. Suivant la même proposition que formulée pour la Convention de Paris, les installations de fusion pourraient être *expressis verbis* insérées dans la définition de l'*installation nucléaire* telle que posée par l'article Premier des deux textes :

⁴⁴⁹ Voy. également pour un renvoi *expressis verbis*, *Convention complémentaire de Bruxelles* (2004), art. 13 : « [c]haque Partie Contractante doit faire figurer sur une liste toutes les installations nucléaires à usage pacifique situées sur son territoire, répondant aux définitions de l'article premier de la Convention de Paris ».

⁴⁵⁰ *Convention complémentaire de Bruxelles* (2004), art. 19. À savoir que la Grèce, le Portugal et la Turquie sont les seuls États parties à la Convention de Paris à ne pas être Partie contractante à la Convention de Bruxelles.

⁴⁵¹ Voy. *supra* Chapitre préliminaire, Section 1, § 2.

« [Proposition n° 1 bis] “installation nucléaire” signifie : i) tout réacteur nucléaire, à l’exclusion de ceux qui sont utilisés par un moyen de transport maritime ou aérien comme source d’énergie, que ce soit pour la propulsion ou à toute autre fin ; ii) toute installation de fusion nucléaire ; iii) toute usine utilisant du combustible nucléaire pour la production de matières nucléaires et toute usine de traitement de matières nucléaires, y compris les usines de traitement de combustible nucléaire irradié ; iv) tout stockage de matières nucléaires, à l’exclusion des stockages en cours de transport [...] »⁴⁵².

103. Une nouvelle fois, cette modification ne s’insérerait toutefois pas sans difficulté au sein des deux textes de Vienne. Plus que pour le texte de Paris, la portée pratique d’une telle modification se trouverait fortement limitée. Au regard de l’article II commun aux Conventions de 1963 et de 1997, l’exploitant d’une installation nucléaire est en effet « responsable de tout dommage nucléaire dont il est prouvé qu’il a été causé par un accident nucléaire survenu dans cette installation nucléaire [ou] mettant en jeu une matière nucléaire qui provient ou émane de cette installation »⁴⁵³. Comme pour la Convention de Paris, la définition de l’*accident nucléaire* est peu prolix et demeure largement tributaire de celle du *dommage nucléaire*⁴⁵⁴. Or, l’un et l’autre de ces textes ne définissent pas cette dernière notion de façon similaire.

104. **Plan.** Il s’agira donc d’envisager la portée de cette modification selon que l’on se situe dans le cadre de la Convention de 1963 (a.) ou que l’on se situe dans celui de la Convention de 1997 (b.).

a. *Les limites de la Convention de Vienne de 1963*

105. **Une définition du dommage nucléaire limitant la portée de la modification.** Dans la version originelle du texte, le *dommage nucléaire* est entendu de

« tout décès, tout dommage aux personnes, toute perte de biens ou tout dommage aux biens, qui provient ou résulte des propriétés radioactives ou d’une combinaison de ces propriétés et des propriétés toxiques, explosives ou autres propriétés dangereuses d’un **combustible nucléaire, de produits ou déchets radioactifs** se trouvant dans une installation nucléaire ou de **matières nucléaires** qui proviennent d’une installation nucléaire, en émanent ou y sont envoyées »⁴⁵⁵.

Compte tenu des définitions des termes soulignés qui, dans le texte de Vienne, restent explicitement associés à la fission, cette première partie de la définition du dommage maintient donc l’exclusion des installations de fusion du champ d’application de la Convention, et ce nonobstant toute modification de la définition de l’*installation nucléaire*⁴⁵⁶.

106. **Une définition conditionnant le recours à la « seconde possibilité » du texte de Paris.** En outre, la Convention de 1963 aborde la situation des dommages causés par les rayonnements ionisants avec plus de retenue que la Convention de Paris et nous prive ainsi du bénéfice de la seconde possibilité présentée par cette dernière au même stade de démonstration⁴⁵⁷. En vertu de la *catch all clause* contenue

⁴⁵² Voy. *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. premier 1.j. On notera simplement cet ajout dans le texte de 1997 de la possibilité pour le Conseil des gouverneurs de l’Agence internationale de l’énergie atomique d’y inclure toute installation dans laquelle se trouveraient des combustibles nucléaires ou des produits ou des déchets radioactifs, ce qui ne change *in fine* pas la situation nous occupant présentement.

⁴⁵³ *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. II.1.a et b.

⁴⁵⁴ *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier 1.l.

⁴⁵⁵ *Convention de Vienne* (1963), art. Premier, 1.k.

⁴⁵⁶ Sur la limitation portée par ces définitions, voy. Chapitre préliminaire, Section 1, § 2.

⁴⁵⁷ C’est-à-dire à la possibilité, vue *supra*, que les *dommages nucléaires* résultent ou proviennent de rayonnements ionisants émis par toute autre source de rayonnements qui se trouve à l’intérieur d’une installation nucléaire : *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii.

à l'article premier 1.k.iii) du texte de 1963, la réparation du dommage causé par une émission de rayonnement ionisant émis par toute autre source de rayonnement se trouvant à l'intérieur d'une *installation nucléaire* est en effet soumise au pouvoir discrétionnaire des États parties. Sauf à ce qu'un évènement dommageable de fusion puisse se confondre avec un autre accident nucléaire de telle manière que la responsabilité puisse être reportée sur l'exploitant tiers par le jeu de l'obligation *in solidum*⁴⁵⁸, l'exploitant d'une installation de fusion ne sera ainsi tenu responsable que dans la mesure où le droit de l'État dans lequel se trouve ladite installation le prévoit⁴⁵⁹. Sans préjudice de quelques initiatives étatiques en ce sens, l'inclusion du risque nucléaire de fusion dans le champ d'application de la Convention de Vienne de 1963 imposerait donc de revoir tant la définition du terme *installation nucléaire* que celle du terme *dommage nucléaire*. Il en va, cependant, autrement pour ce qui concerne la Convention de Vienne de 1997.

b. L'apport du Protocole de 1997

107. Une définition du *dommage nucléaire* consacrant « la seconde possibilité » du texte de Paris.

Une caractéristique importante du protocole de 1997 a été l'introduction d'une nouvelle définition du *dommage nucléaire*⁴⁶⁰. L'alinéa 1.k) de l'article Premier de la Convention de Vienne de 1997 est en effet venu s'aligner sur la Convention de Paris en intégrant, sans condition, les dommages « décou[ant] ou résult[ant] des rayonnements ionisants émis par toute source de rayonnements se trouvant à l'intérieur de l'installation nucléaire »⁴⁶¹ dans la définition du *dommage nucléaire*. Le fait que le *dommage nucléaire* englobe les dommages causés par des rayonnements ionisants émis par des sources radioactives - autres que des *combustibles nucléaires* ou des *produits* ou *déchets radioactifs* - situées sur une installation nucléaire n'est ainsi plus tributaire du droit de l'État où se trouve l'installation⁴⁶². La modification de la définition de l'*installation nucléaire* n'imposerait donc pas de revoir la définition du *dommage nucléaire* dans le cadre de la Convention de 1997.

108. Une redéfinition insuffisante à saisir les risques liés aux activités de fusion. Cette solution s'avérerait cependant insuffisante, indépendamment du fait qu'elle imposerait une double modification pour ce qui concerne la Convention de 1963. De nouveau, les dommages de fusion pourraient ne pas être l'apanage d'une émission de rayonnements ionisants provenant d'une source

⁴⁵⁸ Lorsqu'un dommage est causé par un accident nucléaire ou conjointement par un accident nucléaire ou un autre évènement, cet autre dommage, dans la mesure où on ne peut le séparer avec certitude du dommage nucléaire, est considéré comme un dommage nucléaire causé par l'accident nucléaire. À la lecture du texte, cela serait donc valable lorsqu'un dommage a été causé conjointement par un accident nucléaire et par une émission de rayonnement ionisant, bien que le texte précise que cela ne saurait influencer ni sur la responsabilité du tiers responsable de cette émission ni sur un éventuel recours en contribution. Il s'agit donc, selon nous, d'un cas d'application de responsabilité *in solidum* : voy. *Convention de Vienne* (1963), art. IV.4. Il convient de noter qu'une telle possibilité est d'ailleurs prévu au sein du texte de la *Convention de Paris*, bien qu'il soit, pour notre propos, d'un intérêt limité : voy. *Convention de Paris* (2004), art. 3.b ; *Exposé des motifs* (2004), p. 7, § 17. Sur le mécanisme de l'obligation *in solidum* voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 2.

⁴⁵⁹ Voy. *Convention de Vienne* (1963), art. Premier, 1.k.iii : « dommage nucléaire signifie [...] si le droit de l'État où se trouve l'installation en dispose ainsi, tout décès, tout dommage aux personnes, toute perte de biens ou tout dommage aux biens, qui provient ou résulte de tout rayonnement ionisant émis par toute autre source de rayonnement se trouvant dans une installation nucléaire ».

⁴⁶⁰ Cette révision a conduit à l'inclusion d'un ensemble de nouveaux types de dommages tout en modifiant certains aspects concernant la question du transport. Ces aspects seront étudiés dans le Titre II de la présente Partie car il s'agit ici de s'intéresser à la seule modification susceptible d'influer sur l'objet de notre propos, c'est-à-dire celle ayant trait à la cause du dommage nucléaire.

⁴⁶¹ *Convention de Vienne* (1997), art. Premier 1.k.

⁴⁶² Sur la portée de cette modification voy. *Textes explicatifs*, p. 40.

située dans une installation de fusion⁴⁶³. Pour cela, le *dommage nucléaire* est tout dommage résultant des propriétés radioactives, mais aussi des propriétés toxiques, explosives ou autres d'un *combustible nucléaire* ou de *produits ou déchets radioactifs* se trouvant dans une installation. Il englobe également les rayonnements émis par des *matières nucléaires* provenant d'une *installation nucléaire*, en émanant ou y étant envoyées⁴⁶⁴. Ainsi, la responsabilité de l'exploitant peut être engagée non seulement pour tout dommage résultant d'un *accident nucléaire* survenu sur son installation, mais également mettant en jeu des *matières nucléaires* provenant ou émanant de cette installation⁴⁶⁵. Dès lors, limiter la réparation des dommages subis par les victimes de la fusion nucléaire aux seuls dommages résultant de l'émission de rayonnements ionisants paraît — en l'état des connaissances scientifiques — très insuffisant. Il s'agira donc d'envisager une autre voie d'entrée pour les activités de fusion, laquelle peut se matérialiser par une modification (non moins délicate) de la définition du terme *combustible nucléaire*.

2. L'ambivalence de la modification de la définition de combustible nucléaire

109. L'opportunité apparente de la modification. Lorsqu'il a travaillé sur l'intégration de la fusion nucléaire dans le champ d'application des Conventions de Paris et de Vienne, le groupe d'experts sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire avait envisagé la modification de la définition du terme *combustibles nucléaires* aux fins d'inclure les installations de fusion dans le champ d'application de la Convention de Paris⁴⁶⁶. Pareille modification n'y était, en revanche, pas envisagée pour la seconde. Pourtant, le terme *combustible nucléaire* innerve également son texte. Parce qu'il est englobé tant dans la définition du *dommage nucléaire* que dans celle de *matière nucléaire* ou celle d'*installation nucléaire*, et même dans celle de *réacteur nucléaire*⁴⁶⁷, sa compréhension conditionne largement le champ d'application du régime de Vienne. Sa modification pourrait donc de prime abord ouvrir la voie à l'inclusion des activités de fusion au sein du régime conventionnel. Les Conventions de Vienne définissent ainsi un *combustible nucléaire* comme « toute matière nucléaire permettant de produire de l'énergie par une réaction en chaîne de *fission* nucléaire »⁴⁶⁸. Pour que les combustibles utilisés par un réacteur de fusion soient couverts par cette définition, il suffirait donc d'y supprimer le vocable « en chaîne de fission » ou de lui en ajouter un nouveau vocable. L'article modifié pourrait se lire *de lege ferenda* comme suit :

« [Proposition n° 2bis] : "combustible nucléaire" signifie toute matière permettant de produire de l'énergie par une réaction ~~en chaîne de fission~~ nucléaire »

ou plus encore,

⁴⁶³ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 2, A.

⁴⁶⁴ Voy. *Convention de Vienne* (1963), art. Premier 1.k.i. ; *Convention de Vienne* (1997), art. premier 1.k.

⁴⁶⁵ Voy. *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. II.1.b.

⁴⁶⁶ Voy. AEN, "Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Convention: Fusion Reactors", *op. cit.*, pp. 9-10.

⁴⁶⁷ On rappellera qu'aux termes des Conventions de Vienne, un réacteur nucléaire signifie « toute structure contenant du combustible nucléaire disposé de telle sorte qu'une réaction en chaîne de fission nucléaire puisse s'y produire sans l'apport d'une source de neutrons » : *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier 1.i. Aussi, alors que la définition du terme *combustible nucléaire* renvoie déjà à l'idée d'une réaction de fission, cette rédaction quasi-pléonastique ferme largement la porte aux installations de fusion. Cela justifie donc que la modification du terme n'ait pas été envisagée à ce stade de l'étude, mais également qu'elle ne le sera que pour la *Convention de Paris* dans la suite de l'étude : voy. *supra* Chapitre préliminaire, Section 1, § 2 et *infra* Chapitre 2.

⁴⁶⁸ *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier, 1.f.

« [Proposition n° 2 ter] : “combustible nucléaire” signifie toute matière permettant de produire de l’énergie par une réaction en chaîne de fission nucléaire ou par une réaction ~~en chaîne~~ de fusion nucléaire [la fusion ne pouvant occasionner de réaction en chaîne] ».

La fusion constituant bel et bien une réaction nucléaire, le tritium et le deutérium mobilisés aux fins d’une réaction de fusion seraient donc des *combustibles nucléaires lex ferenda*, c’est-à-dire au sens du texte dans sa version amendée.

110. L’opportunité véritable de la modification ? Outre le risque renouvelé d’une modification à la portée trop englobante⁴⁶⁹ (que pourrait néanmoins relativiser la proposition n° 2 ter⁴⁷⁰), il faut toutefois faire preuve de prudence. Parce que les textes ont déjà montré la complexité de leur rédaction, il n’est pas certain que cette modification soit suffisante à inclure les activités de fusion. Certes, il ne fait aucun doute que la modification du terme pourrait permettre *lex ferenda* de viser les dommages nucléaires de fusion résultant « des propriétés radioactives ou d’une combinaison de ces propriétés et des propriétés toxiques, explosives ou autres propriétés dangereuses d’un *combustible nucléaire* »⁴⁷¹. Assurément, cela permettrait ainsi d’éluder la limite subsistant à raison du pouvoir discrétionnaire laissé aux États parties à la Convention de Vienne de 1963 dans la définition du dommage nucléaire⁴⁷². Toutefois, cette modification ne doit pas préjuger de la possibilité de viser les dommages mettant en jeu des *matières nucléaires*, et ce quand bien même la définition de la notion englobe celle de *combustible nucléaire*. Elle ne doit également pas préjuger de la possibilité d’intégrer, par ce seul biais, les installations de fusion au sein de la catégorie des *installations nucléaires* visées par les Conventions de Vienne.

111. Plan. Aussi, il s’agira de s’assurer de l’influence d’une telle modification sur le champ d’application de la Convention de 1963 (a.) et de celui de la Convention de 1997 (b.).

a. *Les limites de la Convention de Vienne de 1963*

112. Une modification à la portée restreinte et incertaine. Aux termes de l’article Premier de la Convention de 1963, *matière nucléaire* signifie

« (1^{re} partie) tout combustible nucléaire, autre que l’uranium naturel ou appauvri, permettant de produire de l’énergie par *une réaction en chaîne de fission nucléaire hors d’un réacteur nucléaire*, que ce soit par lui-même ou en combinaison avec d’autres matières » et

« (2^e partie) tout produit ou déchet radioactif » entendu comme « toute matière radioactive obtenue au cours du processus de production ou d’utilisation d’un combustible nucléaire, ou toute matière rendue radioactive par exposition aux rayonnements émis du fait de ce processus, à l’exclusion des radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication et susceptibles d’être utilisés à des fins scientifiques, médicales, agricoles, commerciales ou industrielles »⁴⁷³.

Nul doute ainsi que le tritium utilisé dans les installations de fusion, parce qu’il n’est pas une matière fissile, ne peut être une *matière nucléaire* au regard de la première partie de la définition de ce terme.

⁴⁶⁹ Sur les risques d’une définition trop englobante, les difficultés demeurent ici similaires à celles relevées *supra* pour le texte de Paris.

⁴⁷⁰ En visant communément les réactions de fission et de fusion, cette solution permettrait d’exclure les combustibles ne permettant ni l’une ni l’autre.

⁴⁷¹ *Convention de Vienne* (1963), art. premier 1.k.i ; *Convention de Vienne* (1997), art. premier 1.k.

⁴⁷² Voy. *Convention de Vienne* (1963), art. Premier, 1.k.iii.

⁴⁷³ *Convention de Vienne* (1963), art. Premier 1.g et h.

Quid en revanche du tritium fabriqué dans de telles installations au regard de la deuxième partie de la définition ?

Nous avons évoqué à de nombreuses reprises que les principales conceptions de réacteurs de fusion prévoient d'entourer le système de confinement d'une couverture en lithium dont la fonction sera d'absorber les neutrons afin de produire du tritium, lequel sera entreposé et réutilisé. Littéralement obtenu au cours du processus d'utilisation d'un *combustible nucléaire lex ferenda*, ce tritium pourrait donc constituer un *produit ou déchet radioactif* et, partant, une *matière nucléaire*. Plus exactement, le tritium présent sur une installation de fusion pourrait obéir à une double qualification. Il serait un *combustible nucléaire* avant qu'il ne soit utilisé, c'est-à-dire au temps $t(0)$ de la réaction nucléaire. Il serait *produit ou déchet radioactif* à l'issue de la réaction de fusion, c'est-à-dire au temps $t(1)$. Les installations de fusion seraient donc couvertes par la définition de *l'installation nucléaire*. Elles pourraient être des « installations d'entreposage de matière nucléaire »⁴⁷⁴. Elle pourrait également être une « usine utilisant du combustible nucléaire pour la production de matières nucléaires »⁴⁷⁵ ; cela à condition que l'on en retienne de nouveau une interprétation excessivement littérale et que l'on s'accorde sur le fait que la production de matière nucléaire n'est pas le premier objectif des machines de fusion, mais une fonction accessoire permettant leur fonctionnement autarcique.

Si tel était le cas, il resterait une dernière difficulté : celle de l'exclusion « des radioisotopes parvenus au dernier stade de fabrication et susceptibles d'être utilisés à des fins scientifiques, médicales, agricoles, commerciales ou industrielles »⁴⁷⁶ de la définition de *produits ou déchets radioactifs*. D'aucuns ont considéré que cette catégorie inclurait le tritium $t(1)$ créée dans une installation de fusion destinée à produire de l'électricité⁴⁷⁷. Parce que la qualité de *produit ou déchet radioactif* conditionne la qualité de *matière nucléaire* du tritium qui conditionne la qualité d'*installation nucléaire* des installations de fusion, ces dernières ne seraient donc pas incluses dans le champ de la Convention de Paris. Elles seraient simplement, à défaut d'être des installations nucléaires, des installations commerciales utilisant des *produits ou déchets radioactifs*. Le raisonnement est ubuesque. Il pourrait d'ailleurs se voir opposer le fait que pour avoir atteint le dernier stade de fabrication, ledit produit ou déchet est réputé avoir quitté l'installation⁴⁷⁸. Cette interprétation ayant cependant été adoptée dans le cadre de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire, il n'est pas certain que l'interprétation soit opposable à la Convention de Vienne adoptée sous les auspices de l'AIEA. Le raisonnement exposé pourrait donc mettre en échec la démonstration opérée ci-dessus et ainsi infirmer notre intuition sur le fait qu'une modification de la définition du terme *combustible nucléaire* puisse constituer une voie d'entrée suffisante pour la fusion nucléaire. Elle devrait être accompagnée à tout le moins d'une deuxième modification.

⁴⁷⁴ La solution n'est cependant pas sûre car la question s'était posée à un moment de savoir si la notion pouvait inclure les usines de stockage de produits ou déchets radioactifs quand bien même il serait inclus dans la définition de matière nucléaire : voy. *Textes explicatifs*, p. 30, note 77, *Textes explicatifs* (2017), p. 26, note 81.

⁴⁷⁵ *Convention de Vienne* (1963), art. premier 1.j.

⁴⁷⁶ *Convention de Vienne* (1963), art. premier 1.g.

⁴⁷⁷ Voy. W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 55.

⁴⁷⁸ Voy. *supra* Chapitre préliminaire, Section 2, § 2.

113. Une modification appelant une modification subséquente. Rappelons, en effet, que la définition du terme *combustible nucléaire* devait initialement viser à inclure dans le champ de la Convention de Vienne de 1963 les dommages susceptibles de résulter d'un accident mettant en jeu « des matières nucléaires provenant ou émanant d'une installation nucléaire »⁴⁷⁹. Or, il vient d'être vu que le tritium en tant que *combustible nucléaire lex ferenda* pourrait être un *produit ou déchet radioactif*, mais qu'il ne serait pas (totalement) une *matière nucléaire*. Il ne permettrait, en effet, pas « de produire de l'énergie par une réaction en chaîne de fission nucléaire hors d'un réacteur nucléaire, que ce soit par lui-même ou en combinaison avec d'autres matières »⁴⁸⁰. Il faudrait donc accompagner la modification de la définition du terme *combustible nucléaire* d'une modification de la définition du terme *matière nucléaire* qui pourrait être *de lege ferenda* lue comme suit :

« **[Proposition n° 2 bis bis]** “matière nucléaire” signifie : i) tout combustible nucléaire [*lex ferenda*] permettant de produire de l'énergie par une réaction en chaîne de fission ou *par une réaction de fusion* nucléaire hors d'un réacteur nucléaire, que ce soit par lui-même ou en combinaison avec d'autres matières [...] »

Certes, cette proposition est critiquable. Le fait que des réactions de fusion existent à l'état naturel (le Soleil) ne saurait signifier que le tritium puisse produire une réaction de fusion hors d'un réacteur. Il faudrait donc encore priver la définition de cette lexie (« hors d'un réacteur nucléaire »). Partant, la définition deviendrait excessivement englobante et irait à l'encontre de son but initial qui était de la cantonner aux matières radioactives dangereuses », n'en témoigne que l'exclusion de l'uranium naturel et appauvri de ses termes⁴⁸¹. Comme la Convention de Paris, le texte de 1963 autorise cependant l'exclusion de certaines matières présentant des risques limités de son champ d'application, et ce même si les modalités par lesquelles s'opèrent ces exclusions peuvent les rendre plus disparates⁴⁸². Nonobstant, cette définition du terme *matière nucléaire lex ferenda* permettrait de couvrir les *dommages nucléaires* susceptibles de résulter d'un accident de fusion même survenant en dehors d'une installation de fusion, tout en permettant l'inclusion ces installations dans la définition de *l'installation nucléaire*. Les installations de fusion ne seraient alors pas des réacteurs⁴⁸³, mais, suivant une logique totalement tautologique assumée, des usines « utilisant du combustible nucléaire [tritium t(0)] pour la production de matière nucléaire [tritium t(1)] », ou, suivant une interprétation extensive du terme « stockage »⁴⁸⁴, des sites de « stockage de matières nucléaires [tritium t(0) et tritium t(1)] »⁴⁸⁵. D'un point de vue procédural, cette double modification resterait sans influence. La procédure d'amendement restant la même, que l'on modifie un ou deux articles du texte ne changerait rien à son

⁴⁷⁹ *Convention de Vienne* (1963), art. premier 1.j.

⁴⁸⁰ *Convention de Vienne* (1963), art. premier 1.h.

⁴⁸¹ On retrouve donc ici une limite comparable à celle relevée lors de l'étude du texte de Paris.

⁴⁸² Ces exclusions ne sont pas laissées à la discrétion du Conseil des gouverneurs de l'AIEA (qui est l'équivalent du Comité de Direction de la Convention de Paris), mais à la discrétion de l'État où se trouve l'installation : voy. *Convention de Vienne* (1963), art. premier 2.

⁴⁸³ On rappellera qu'aux termes des Conventions de Vienne, un réacteur nucléaire signifie « toute structure contenant du combustible nucléaire disposé de telle sorte qu'une réaction en chaîne de fission nucléaire puisse s'y produire sans l'apport d'une source de neutrons » : *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier 1.i.

⁴⁸⁴ Il faudrait ainsi considérer comme du « stockage », le fait de conserver du tritium entreposé et destiné à être réutilisé. On remarquera ainsi que la Convention de Paris de 2004 utilise le terme entreposage, réservant le terme « stockage » au « stockage définitif » : voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ii.

⁴⁸⁵ *Convention de Vienne* (1963), art. Premier 1.j.

déroulement, à tout le moins sur la forme. Sur le fond, la situation apparaît véritablement complexe, et il suffira, pour s'en convaincre, de mesurer la portée de la modification du terme *combustible nucléaire* à l'aune de la Convention telle que modifiée en 1997.

b. L'apport du Protocole de 1997

114. L'allocation d'un pouvoir de révision de facto au Conseil des gouverneurs. Pour la Convention de Vienne de 1963, l'intégration du risque nucléaire de fusion est apparue complexe parce que cette dernière, à la différence de la Convention de Paris, ne prévoit pas la possibilité d'intégrer des installations au sein de la définition d'une *installation nucléaire* sur décision d'un organisme international compétent. Si l'absence d'une telle disposition matérialisait la réticence des rédacteurs à voir des installations présentant des risques réduits couvertes par le régime de responsabilité⁴⁸⁶, il reste que le protocole de 1997 est venu combler ce manque. Un nouvel alinéa a ainsi été introduit à l'article premier reconnaissant ainsi la faculté pour le Conseil des gouverneurs de l'AIEA de déterminer « de temps à autre » comme une *installation nucléaire* « toute autre installation dans laquelle se trouvent du combustible nucléaire ou des produits ou déchets radioactifs »⁴⁸⁷.

115. Un pouvoir autorisant une intégration simplifiée des activités de fusion. On sera assurément forcé d'admettre que cette nouvelle disposition n'est pas suffisante pour permettre, en elle-même, l'intégration du risque nucléaire de fusion au sein du champ d'application de la Convention de Vienne de 1997. De même, il est admis que le Conseil des gouverneurs devrait, pour élargir la définition d'installation nucléaire, avoir besoin d'un large appui de toutes les parties concernées⁴⁸⁸, et cela d'autant plus lorsque doit être jeté un regard sur les modalités d'adoption d'une telle décision⁴⁸⁹. À notre connaissance, il n'en a jamais fait usage⁴⁹⁰. Il n'en demeure pas moins qu'elle présente l'avantage considérable de réduire l'atteinte portée à l'intégrité du texte et à sa compréhension, et ce tout en surmontant les potentiels blocages relevés précédemment. Dans le cadre de la Convention de 1997, la modification du terme *combustible nucléaire* se révélerait, en effet, sémantiquement plus aisée et plus cohérente. Du fait de l'intervention du Conseil des Gouverneurs, cette seule modification permettrait aux installations de fusion d'entrer directement dans le champ de la définition du terme *installation nucléaire* sans se heurter aux difficultés suscitées par la définition du terme *matière nucléaire*. D'un point de vue procédural, ce serait en revanche la même pierre d'achoppement que pour la Convention de Paris puisque la modification conventionnelle du terme *combustible nucléaire* doublée d'une décision du Conseil des gouverneurs impliquerait une nouvelle fois de faire intervenir un double processus décisionnel.

116. Conclusion du §. Comme pour l'ensemble conventionnel Paris-Bruxelles, les champs d'application des Conventions de Vienne pourraient intégrer les activités nucléaires de fusion s'il était

⁴⁸⁶ Voy. *Textes explicatifs*, pp. 29-30.

⁴⁸⁷ Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. premier 1.j.iv.

⁴⁸⁸ Voy. sur ce constat *Textes explicatifs*, p. 30, note 80.

⁴⁸⁹ Si ces décisions sont adoptées à la majorité des deux tiers, la difficulté tient principalement au fait que le Conseil des gouverneurs est composé de représentant d'États qui ne sont pas parties à la Convention de Vienne : voy. *Statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique*, signé à New-York, le 26 octobre 1956, entré en vigueur le 29 juillet 1957, *RTNU*, vol. 276, p. 3 tel qu'amendé le 28 décembre 1989, art. VI.

⁴⁹⁰ Cela est, à tout le moins, confirmé pour la période allant jusqu'en 2017 : voy. *Textes explicatifs* (2017), p. 26, note 84.

procédé à une modification des termes *installation nucléaire* ou *combustible nucléaire*, voire du terme *matière nucléaire* compte tenu des réserves évoquées à cet égard. Si le moment n'est pas venu de faire le bilan sur l'opportunité de ces modifications, c'est qu'il reste encore à déterminer comment la rédaction *de lege ferenda* de ces conventions pourrait influencer sur les instruments les complétant. Ce sont ceux qui, à la différence de la Convention complémentaire de Bruxelles, ne sont pas spécifiquement attachés à l'une ou à l'autre des conventions *princeps*, mais gravitent autour de ces dernières aux fins d'en permettre l'application la plus effective possible. Ils sont ceux qui ont participé à l'émergence d'un régime globalisé de responsabilité civile nucléaire. Le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris et la Convention sur la réparation complémentaire feront ainsi l'objet des développements qui suivent.

§ 2. Les instruments conventionnels annexes

117. L'accident de Tchernobyl, révélateur de l'insuffisance des régimes *princeps*. Après l'accident de Tchernobyl, la communauté internationale a entrepris une révision complète du droit de la responsabilité civile nucléaire ayant pour objectif de renforcer les régimes instaurés par les Conventions de Vienne et de Paris. En confirmant qu'un accident nucléaire pouvait causer des dommages d'une extrême ampleur et jusque dans des régions bien au-delà du territoire où s'était produit l'accident, l'épisode de Tchernobyl a dans le même temps questionné sur l'efficacité des deux régimes. D'un côté, leur aptitude à gérer les conséquences transfrontières d'un accident nucléaire majeur était mise en doute. D'un autre côté, leur attrait limité vis-à-vis des États, et notamment des États nucléaires, c'est-à-dire ceux possédant des installations nucléaires sur leur territoire, était pointé du doigt.

118. Des conventions satellites participant à l'émergence d'un régime globalisé. La mise en lumière de ces problématiques a donc justifié que soit entreprise une réforme de fond. Outre une révision des conventions *princeps* destinée à ajuster les régimes aux réalités d'un accident nucléaire majeur, cette volonté de réforme a abouti à l'élaboration de deux instruments internationaux destinés à promouvoir les objectifs des conventions *princeps*, à garantir l'effectivité de leurs régimes respectifs et à faire émerger un régime globalisé de responsabilité civile nucléaire. Dans l'optique de garantir la cohérence de ce régime, l'applicabilité de ces conventions aux dommages susceptibles de résulter de la poursuite des activités de fusion nucléaire doit donc être questionnée.

119. Plan. Tel sera donc le but du présent propos qui s'attachera à l'examen de l'intégration du risque nucléaire de fusion dans le champ d'application du Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris (A.) et dans celui de la Convention sur la réparation complémentaire de 1997 (B.).

A. Le Protocole commun

120. Un pont jeté entre les deux conventions *princeps*. L'un des apports post-Tchernobyl au droit de la responsabilité civile nucléaire a été l'adoption le 21 décembre 1988 du Protocole commun relatif à

l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris. En venant « jeter un pont »⁴⁹¹ entre les deux conventions, et ainsi élargir le champ d'application géographique du régime international de responsabilité civile nucléaire, ce texte a contribué à éliminer les insuffisances de ces deux ensembles conventionnels en réglant une question qui occupait les esprits depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1963 : celle de leur juxtaposition. En dépit d'une similitude entre les Conventions de Vienne et de Paris, leur coexistence n'avait en effet jamais permis l'élaboration d'un régime unique et homogène de responsabilité civile⁴⁹². Or, cela n'était pas sans poser certaines difficultés, car, à cette époque, ni la Convention de Paris ni la Convention de Vienne ne couvraient les dommages subis par les victimes se trouvant en dehors du territoire de ses propres Parties contractantes. Il en résultait qu'en cas d'évènement dommageable majeur survenant, par exemple, sur une installation située sur le territoire d'un État partie à la Convention de Vienne (et non à la Convention de Paris), les victimes situées sur le territoire d'un État partie à la Convention de Paris (et non à la Convention de Vienne) auraient été privées de toute indemnisation. Paradoxalement, par le jeu des règles régissant leurs champs d'application *ratione loci*, les deux conventions pouvaient néanmoins se retrouver simultanément applicables pour un même accident⁴⁹³. Ainsi, la catastrophe de Tchernobyl a au moins permis l'établissement de ce « lien officiel »⁴⁹⁴ et « élégant »⁴⁹⁵ entre les deux conventions qui — tout en favorisant le sort des victimes et tout en agissant comme un catalyseur « psychologique » à l'adhésion des États aux régimes institués⁴⁹⁶ — devait également permettre d'en éliminer les conflits d'application⁴⁹⁷. Certes, il sera vu *infra* que ce Protocole n'a pu véritablement régler de manière satisfaisante les difficultés mises en lumière par l'accident de Tchernobyl⁴⁹⁸. Pour l'heure, il convient néanmoins de se concentrer sur son seul champ d'application et la manière dont ce dernier serait potentiellement altéré par l'une des solutions de modifications proposées auparavant.

121. Plan. À ce titre, le Protocole commun peut certainement apparaître comme l'instrument le plus aisé à analyser. Bien que sa construction ait nécessité une analyse juridique très complexe, le mécanisme qu'il fonde est en réalité assez sommaire. Parce que ses trois principaux articles étendent le champ d'application d'une convention aux parties contractantes de l'autre en établissant un « choice-of-law clause »⁴⁹⁹, le Protocole ne fait en lui-même pas obstacle à l'intégration des activités de fusion dans son champ d'application (1.). Son application étant tributaire du contenu des conventions

⁴⁹¹ P. STROHL, « Bilan de recherche » in P. STROHL, N. PELZER, *Les risques résultant de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire*, op. cit., p.155.

⁴⁹² Des tentatives avaient été opérées mais ont été avortées : voy. O. VON BUSEKIST, « Le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris : une passerelle entre les deux conventions sur la responsabilité civile pour les dommages nucléaires » in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, op. cit., pp. 146-147 ; AIEA, " The 1988 joint Protocol relating to the application of the Vienna Convention and the Paris Convention, Explanatory text", *IAEA International Law Series*, n°5, 2013, 33 p.

⁴⁹³ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 1.

⁴⁹⁴ J. SCHWARTZ, « Le droit international de la responsabilité civile nucléaire : l'après Tchernobyl » in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, op. cit., p. 49.

⁴⁹⁵ N. PELZER, "Inadequacies in the Civil Nuclear Liability Régime evident after the Chernobyl Accident: The Response in the Joint Protocol of 1988" in OCDE/AEN, *Accidents nucléaires — Responsabilité et garanties, Symposium d'Helsinki*, Paris, Ed. OCDE, 1993, p. 160.

⁴⁹⁶ Voy. P. STROHL, « Bilan de recherche », op. cit., p. 156.

⁴⁹⁷ Voy. *Protocole commun*, préambule, §§ 4-5.

⁴⁹⁸ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 1.

⁴⁹⁹ N. PELZER, "Inadequacies in the Civil Nuclear Liability Régime evident after the Chernobyl Accident: The Response in the Joint Protocol of 1988", op. cit., p. 163.

princeps, elle pourrait cependant se trouver rapidement privée de toute utilité à l'endroit des victimes de la fusion nucléaire (2.).

1. Une intégration textuellement aisée

122. Des dispositions organisant principalement l'application des conventions *princeps*. Aux termes de l'article II du Protocole commun, l'exploitant d'une installation située sur le territoire d'un État partie à la Convention de Vienne est responsable « conformément à cette Convention » pour les dommages nucléaires subis sur le territoire des Parties contractantes à la Convention de Paris et au Protocole commun. Réciproquement, l'exploitant d'une installation qui serait située sur le territoire d'un État partie à la Convention de Paris est responsable « conformément à cette Convention » pour les dommages nucléaires subis sur le territoire des Parties contractantes à la Convention de Vienne et au Protocole⁵⁰⁰. Compte tenu de l'objet de notre propos, il est important de souligner qu'en vertu de l'article I du Protocole, le terme *Convention* utilisé par le texte intègre tout amendement aux conventions qui serait en vigueur pour une Partie contractante au présent Protocole⁵⁰¹. Plus encore, il faut prêter une attention particulière au choix de la formule « conformément à cette Convention » utilisée par les rédacteurs du Protocole à l'article II. Celle-ci permet en effet d'inclure le texte brut des conventions *princeps*, mais la législation nationale sur la base de laquelle est appliquée la convention et donc toute décision ou recommandation de l'organe internationalement compétent visant à en étendre le champ d'application et à laquelle l'État contractant se serait conformé⁵⁰². L'article III organise ensuite l'application exclusive de l'une et l'autre des Conventions. Il établit ainsi le principe directeur permettant d'écarter une application simultanée des deux Conventions, lequel poursuit à titre principal une logique de territorialité. Le lieu de l'accident détermine la convention applicable, si bien que cette dernière sera celle à laquelle l'État sur le territoire duquel se trouve l'installation à l'origine de l'accident est partie⁵⁰³. Une spécificité est néanmoins introduite lorsque l'accident résulte du transport d'une matière (— substance) nucléaire en provenance ou à destination d'une installation nucléaire. Sur ce point, bien que l'article soit d'une formulation plus complexe, la règle reste relativement simple et d'une logique implacable : la convention applicable sera celle à laquelle est partie l'État sur le territoire duquel se trouve l'installation nucléaire dont l'exploitant est responsable en vertu des dispositions pertinentes de l'une ou de l'autre convention⁵⁰⁴. L'article IV précise enfin les dispositions des conventions qui s'appliqueront entre les parties contractantes de l'une et de l'autre « de la même manière » qu'elles s'appliquent entre les parties contractantes de la même convention. Cet article est justifié par le premier principe sous-tendant ce protocole, qui est d'instaurer une

⁵⁰⁰ Protocole commun, art. II.a et b.

⁵⁰¹ Protocole commun, art. I. Cette précision n'apparaissait pourtant pas à l'origine dans le premier « draft » non abouti de 1974. Elle n'a été adoptée de manière provisoire qu'en octobre 1987 et est restée inchangée jusqu'à l'adoption finale en 1988. L'adoption du Protocole de 1997 à la Convention de Vienne, adopté comme un traité à part entière, a d'ailleurs compliqué cette question du champ d'application du Protocole : voy. AIEA, "The 1988 joint Protocol relating to the application of the Vienna Convention and the Paris Convention, Explanatory text", *op. cit.*, pp. 11-12 ; O. VON BUSEKIST, « Le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris : une passerelle entre les deux conventions sur la responsabilité civile pour les dommages nucléaires », *op. cit.*, p. 154.

⁵⁰² Voy. O. VON BUSEKIST, « Le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris : une passerelle entre les deux conventions sur la responsabilité civile pour les dommages nucléaires », *op. cit.*, p. 155.

⁵⁰³ Protocole commun, art. III.2.

⁵⁰⁴ Protocole commun, art. III.3.

passerelle autorisant une reconnaissance mutuelle de la qualité de Partie contractante. Cette passerelle ne pouvant toutefois pas conférer le statut d'État partie à part entière à des États qui n'auraient pas ratifié l'une ou l'autre des conventions, il a ainsi été choisi de limiter cette assimilation aux dispositions substantielles des conventions et d'ainsi en exclure les obligations procédurales ou les clauses finales⁵⁰⁵.

123. Des dispositions conséquemment indifférentes des activités nucléaires couvertes. Consacré à la question de l'applicabilité conjointe et réciproque des Conventions de Vienne et de Paris, le Protocole ne s'intéresse donc pas spécifiquement aux champs d'application *ratione materiae* de ces textes et des définitions qui le circonscrivent. Opérant par renvoi implicite aux dispositions pertinentes des Conventions, et même aux législations ou décisions en enrichissant la compréhension, toute modification apportée à l'une ou l'autre serait donc sans effet sur la rédaction et l'application de ce texte. À ce stade, on pourra ainsi admettre que l'application du Protocole commun aux dommages causés par les activités de fusion ne semblerait pas susciter de difficultés, si tant est que les activités de fusion soient intégrées dans le champ d'application des conventions *princeps*, et que les dommages qu'elles pourraient occasionner soient couverts par les règles qu'elles établissent. Il en va différemment, en revanche, concernant l'application des Conventions en vertu du mécanisme qu'il institue.

2. Une intégration possiblement délétère

124. Présentation d'une hypothèse possible. Imaginons une situation dans laquelle une des propositions de modification formulées aux fins d'y intégrer le risque nucléaire de fusion soit supportée par la Convention de Paris, et par celle-là seulement. En vertu de l'article I du Protocole, la Convention de Paris devrait être appliquée dans sa version incluant tout amendement en vigueur pour une Partie contractante. Cette modification devrait donc être prise en compte lors de l'application de la Convention de Paris en vertu dudit protocole. Cela vaudrait également pour toute modification qui ne serait pas directement supportée par le texte, mais qui graviterait autour de ce dernier et servirait son interprétation et/ou son application (les décisions prises par le Comité de Direction ou par le Conseil des Gouverneurs), et ce au regard de la rédaction de l'article II mise en exergue *supra*. Dès lors, si un *accident nucléaire* se produisait sur une installation de fusion située sur le territoire d'un État partie à la Convention de Paris, l'exploitant serait responsable « conformément à cette Convention » pour les dommages subis sur le territoire des Parties contractantes à la même convention, mais également pour les dommages subis sur les territoires des Parties contractantes à la fois au Protocole commun et à l'autre convention — c'est-à-dire la (les) Convention(s) de Vienne. Cela serait valable quand bien même la (les) Convention(s) de Vienne ne couvrirai(en)t pas les dommages résultant de cet *accident nucléaire* de fusion. Cela ne serait, en effet, que le résultat de l'application de l'article IV du

⁵⁰⁵ Cette égalité de traitement ne concerne alors que les articles premiers à XV de la Convention de Vienne et 1 à 14 de la Convention de Paris : voy. plus généralement O. VON BUSEKIST, « Le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris : une passerelle entre les deux conventions sur la responsabilité civile pour les dommages nucléaires », *op. cit.*, p. 158 ; AIEA, "The 1988 Joint Protocol relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention, Explanatory text", *op. cit.*, pp. 17 et ss.

Protocole qui prescrit l'application sans discrimination des dispositions substantielles des deux conventions, lesquelles incluent ainsi les articles déterminant leur champ d'application *ratione materiae*, c'est-à-dire ceux permettant la couverture des dommages de fusion⁵⁰⁶.

125. Analyse des conséquences de la réalisation de cette hypothèse. Dans notre exemple, le risque nucléaire de fusion étant intégré dans le champ d'application de la Convention de Paris, l'incohérence entre les deux textes ne serait pas source de difficultés. Cela bénéficierait *in fine* aux victimes situées sur le territoire d'un État partie à la (les) Convention(s) de Vienne. En revanche, ce défaut de réciprocité pourrait s'avérer source de déséquilibre dans une situation inverse, c'est-à-dire celle dans laquelle l'épisode dommageable surviendrait sur une installation de fusion située le territoire d'un État partie à la (les) Convention(s) de Vienne. Certes, d'aucuns diront que le risque nucléaire de fusion présente une faible probabilité d'engendrer un évènement de grande ampleur. C'est néanmoins un postulat qu'il nous sera donné de relativiser ultérieurement, car le caractère transfrontière d'un évènement n'est pas toujours le résultat d'une catastrophe à l'image de celui de Tchernobyl ou de Fukushima⁵⁰⁷. Dans cette situation, le Protocole commun ne serait donc d'aucune utilité, confirmant la pertinence que les activités de fusion nucléaire soient intégrées au sein des deux ensembles conventionnels⁵⁰⁸, et plus encore.

En effet, outre l'adoption du Protocole commun, la prise de conscience post-Tchernobyl a abouti à l'adoption d'un second instrument venu élargir le champ d'application de la responsabilité civile nucléaire en venant compléter les régimes nationaux mis en place, c'est-à-dire qu'ils donnent ou non effet aux Conventions de Paris et de Vienne.

B. La Convention sur la réparation complémentaire

126. Une convention organisant un système mondial d'indemnisation complémentaire. Après l'adoption du Protocole commun, et toujours avec cette volonté de renforcer l'efficacité des régimes de responsabilité civile nucléaire, c'est l'idée d'un financement complémentaire de la réparation des dommages nucléaire à l'échelle mondiale (et non plus régionale) qui a soulevé un regain d'intérêt⁵⁰⁹. L'élaboration d'un nouvel instrument concernant la responsabilité, non plus des exploitants, mais des États en cas d'accident nucléaire transfrontière a même été envisagée aux fins de fournir un cadre exhaustif à la responsabilité nucléaire⁵¹⁰. Les États ont néanmoins estimé qu'une telle refonte du régime ne serait pas nécessaire s'il était établi un mécanisme similaire à celui instauré par la Convention de Bruxelles de 1963, mais applicable à l'échelle mondiale. C'est donc pour donner suite

⁵⁰⁶ C'est-à-dire l'article Premier et III de la Convention de Vienne et les article 1 et 3 de la *Convention de Paris* sur lesquels notre propos s'était focalisé en premier lieu.

⁵⁰⁷ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁵⁰⁸ Cela ne préjudiciera pas la seconde partie de notre étude concentrée sur la seule *Convention de Paris*, dans la mesure où elle se focalisera sur le cas de l'installation de fusion susceptible d'être la plus rapidement en fonction, à savoir celle d'ITER installée sur le territoire français : voy. *infra* Chapitre 2.

⁵⁰⁹ Lors de l'élaboration de la Convention de Vienne de 1963, la conférence diplomatique avait déjà envisagé la possibilité d'institué un mécanisme d'indemnisation supplémentaire calqué sur la Convention de Bruxelles et avait demandé à l'AIEA de créer un Comité permanent en ce sens. Cependant, les discussions au sein de ce dernier n'ont jamais abouti : voy. *Textes explicatifs*, pp. 72 et ss ; *Décision du Conseil des gouverneurs du 14 août 1963*, GOV/931, annexe I.

⁵¹⁰ Voy. *Textes explicatifs*, p. 72.

à ces conclusions que la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires a été adoptée dans le cadre de l'AIEA le 12 septembre 1997. Venue ouvrir « un nouveau chapitre du droit de la responsabilité nucléaire internationale »⁵¹¹, cette Convention consacre, d'une part, l'obligation pour les États parties de garantir une indemnisation supplémentaire des dommages nucléaires dont la responsabilité incombe à l'exploitant d'une installation située sur leur territoire⁵¹², et institue, d'autre part, une indemnisation solidaire des États parties au-delà du montant garanti⁵¹³.

127. Une convention prenant la forme d'une « convention parapluie ». Le mécanisme de la Convention sur la réparation complémentaire est intéressant dès lors qu'il a vocation à créer un mécanisme d'indemnisation favorable à un maximum d'États — qu'ils soient « nucléaires » ou non — sans pour autant contrevenir à l'un des principes fondamentaux du régime de responsabilité nucléaire : le principe de non-discrimination. Aussi, alors que l'idée avait initialement prévalu d'une convention qui compléterait les Conventions de Vienne et de Paris et ne serait ouverte qu'aux États y étant parties, il a été décidé de l'ouvrir à tous et d'en faire une « convention parapluie »⁵¹⁴. Mais parce les États nucléaires n'étaient pas tous enclins à amender leur législation nationale dans le but de se conformer à toutes les règles inscrites dans lesdites conventions⁵¹⁵ et que le recours au mécanisme des réserves aurait pu s'avérer limitant⁵¹⁶, la Convention contient une annexe dans laquelle est énoncée la liste des principes fondamentaux du régime de responsabilité civile nucléaire auxquels les États non parties aux textes de Paris ou de Vienne devraient souscrire⁵¹⁷. Il en résulte que le mécanisme institué par la Convention sur la réparation complémentaire s'applique exclusivement aux dommages nucléaires dont la responsabilité incombe à l'exploitant d'une installation nucléaire située sur le territoire d'une Partie contractante en vertu, soit du droit national donnant effet aux Conventions de Paris ou de Vienne⁵¹⁸, soit du droit national mentionné comme étant conforme aux dispositions de l'Annexe⁵¹⁹.

⁵¹¹ B. MCRAE, « La Convention sur la réparation : sur la voie d'un régime mondial permettant de faire face à la responsabilité et à l'indemnisation des dommages nucléaires », *BDN*, vol. 61, 1998/1, p. 27.

⁵¹² Cette possibilité était déjà prévue au sein des conventions *principes* : voy. *infra* Titre II, Chapitre II, Section 2.

⁵¹³ Voy. *Convention sur la réparation complémentaire*, art. III.1.

⁵¹⁴ En droit international, une « convention-parapluie » ou « *umbrella convention* » se dit d'une convention qui consolide des instruments normatifs existants dans un domaine donné. Ici, elle a donc vocation à couvrir toutes les situations juridiques en se situant « au-dessus » des conventions internationales et des lois nationales et à créer des relations de traité entre des États ayant opté pour des solutions juridiques différentes : voy. M. LÉGER, « L'entrée en vigueur de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires (CRC) — Quelles avancées vers un régime mondial de responsabilité civile nucléaire ? », *Riséo*, 2016-1, sp. p. 7 ; B. MCRAE, « Entry in force of the Convention on supplementary Compensation for Nuclear Damages : Opening the umbrella », *BDN*, vol. 96, 2015/1, sp. pp. 5,15.

⁵¹⁵ Voy. B. MCRAE, « La Convention sur la réparation : sur la voie d'un régime mondial permettant de faire face à la responsabilité et à l'indemnisation des dommages nucléaires », *op. cit.*, p. 212 ; *Textes explicatifs*, p. 74.

⁵¹⁶ Ainsi, la Convention de Vienne, à la différence de la Convention de Paris, reste silencieuse sur la question des réserves acceptables au texte. Si la question a effectivement été envisagée (NL/2/4, p. 6), elle ne fut plus discutée (SCNL/1/INF.4, p. 14). Dès lors, il s'agit d'appliquer le « droit commun » des réserves tel que codifié dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* et tel que connu notamment depuis un célèbre avis de 1951 de la Cour internationale de Justice. Autrement dit, une réserve visant à exclure l'application d'une disposition fondamentale de la Convention aurait pu être jugée incompatible avec l'objet et le but de celle-ci et porter atteinte à l'application de la Convention : voy. CIJ, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, avis consultatif, 28 mai 1951, *Rec. CIJ*, pp. 15 et ss ; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, signée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *RTNU*, vol. 1155, p. 331 (ci-après *Convention de Vienne sur le droit des traités*), art. 19 à 23.

⁵¹⁷ Cela est notamment intéressant pour les États qui n'ont pas d'installation nucléaire. Elle permet, en effet, d'introduire dans leur droit national les dispositions nécessaires pour donner effet à la Convention.

⁵¹⁸ *Convention sur la réparation complémentaire*, article Ia et b, et II.a.

⁵¹⁹ *Convention sur la réparation complémentaire*, article II.b.

128. Plan. La Convention ne précisant donc pas par elle-même les installations et les dommages couverts par le régime de réparation complémentaire, cette question dépend de la portée de la Convention princeps applicable (1.) ou de la portée de l'annexe à la Convention sur la réparation complémentaire (2.).

1. Une intégration mécanique dans le « corps » du texte

129. Une intégration essentiellement opérée par un renvoi aux conventions *princeps*. En premier lieu, le champ d'application de la Convention sur la réparation complémentaire renvoie formellement à celui des Conventions de Vienne et de Paris. Le mécanisme ainsi institué s'applique au *dommage nucléaire* dont la responsabilité incombe à l'exploitant d'une installation nucléaire située sur le territoire d'une partie contractante, et ce en vertu des conventions *princeps*, tout amendement inclus⁵²⁰, ou du droit national mentionné conforme⁵²¹. Ainsi, toute modification aux fins d'intégrer le risque nucléaire de fusion apportée à l'une ou à l'autre des conventions *princeps* influera nécessairement sur ce texte. Davantage, une telle modification obligerait tous les États parties à la Convention complémentaire à participer, le cas échéant, à l'indemnisation des dommages causés par un *accident nucléaire* de fusion quand bien même leur propre convention ne les couvrirait pas (et évidemment, si tant est que l'ampleur de l'évènement appelle à en déclencher le mécanisme)⁵²².

130. Une intégration facilitée à l'envi par la définition du *dommage nucléaire*. Cela étant admis, il faut toutefois souligner que la coexistence des différents régimes de responsabilité (Convention de Paris, Convention(s) de Vienne et « Annexe ») n'est en réalité acceptée que dans certaines limites. Quelques dispositions fondamentales sont en effet contenues dans le corps du texte de la Convention, lesquelles peuvent venir affecter, dans une certaine mesure, l'application des conventions *princeps*. Il en va ainsi de la notion de *dommage nucléaire* dont la définition requise par la Convention sur la réparation complémentaire reprend celle de la Convention de Vienne de 1997⁵²³ et, par assimilation, celle de la Convention de Paris⁵²⁴. Ainsi, toutes les parties contractantes à la Convention sur la réparation complémentaire doivent appliquer, dans leur droit national, cette définition, qu'elles soient ou non parties à la Convention de Paris ou de Vienne, et qu'elles soient ou non parties à quelconque amendement porté à ces instruments. Or, autant les États parties à la Convention de Vienne de 1997 que ceux parties à la Convention de 1963 peuvent ratifier cet instrument ou y adhérer. Un État qui serait partie à la Convention de Vienne de 1963 et à la Convention sur la réparation complémentaire, serait dès lors tenu de modifier sa loi nationale afin de se conformer à la définition du *dommage nucléaire* posée cette dernière⁵²⁵. Cette définition incluant les dommages causés par des rayonnements

⁵²⁰ Voy. *Convention sur la réparation complémentaire*, art. Premier a. et b.

⁵²¹ Voy. *Convention sur la réparation complémentaire*, art. II.2.

⁵²² Sur l'organisation du mécanisme, voy. *infra* Titre II, Chapitre II, Section II, § 1.

⁵²³ Voy. *Convention sur la réparation complémentaire*, art. Premier f. La définition du *dommage nucléaire* qui a été finalement incorporée dans la Convention de Vienne de 1997 daterait d'ailleurs des négociations relatives à la Convention sur la réparation complémentaire : voy. *Textes explicatifs*, *op. cit.*, p. 87.

⁵²⁴ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii) dont la définition diffère ainsi sensiblement de celle du texte de 1982.

⁵²⁵ Voy. *Textes explicatifs*, p. 79. Cela ne poserait, en revanche, pas de souci pour les parties à la Convention de Paris, puisque la définition de la Convention de 2004 aujourd'hui en vigueur est quasi-identique à celle de la Convention de Vienne de 1997. On voit néanmoins les limites de

ionisants émis par une source se trouvant dans une *installation nucléaire*, cela permettrait donc de résoudre, en pratique, par la mise en œuvre conjointe de ces deux textes, le problème qui a point à cet endroit⁵²⁶. Aussi, il conviendra de vérifier si cette facilité d'intégration se retrouve également dans l'annexe de la Convention, laquelle s'applique aux États disposant d'une législation nationale attribuant la responsabilité en cas d'accident nucléaire, mais qui ne sont pas parties aux conventions *princeps*.

2. Une intégration facilitée dans l'Annexe de la Convention

131. Une Annexe excluant les activités de fusion. Aux termes de l'article 3 de l'Annexe aux États non parties aux conventions *princeps*, mais dont la législation nationale est conforme aux principes posés par celles-ci, l'exploitant d'une installation nucléaire est responsable de tout *dommage nucléaire* dont il est prouvé qu'il a été causé par un *accident nucléaire* directement lié à une *installation nucléaire*. Les dispositions de cette annexe étant par principe conformes aux règles fondamentales énoncées dans les conventions de Paris et de Vienne, les définitions qui en conditionnent le champ d'application sont quasi similaires⁵²⁷. Plus exactement, elles sont conformes à celle que l'on retrouve dans la Convention de Vienne dans sa version de 1963 — à l'exception de celle du dommage nucléaire —, en raison du fait qu'on ne peut y retrouver l'apport de la Convention de Vienne de 1997 concernant le pouvoir conféré au Conseil des gouverneurs⁵²⁸. Comme pour les conventions *princeps*, les activités de fusion n'y sont donc pas visées. Il en résulte que l'indemnisation des dommages causés par les activités de fusion en vertu du mécanisme de la Convention sur la réparation complémentaire nécessiterait, pour les États non parties aux conventions *princeps*, une modification du texte.

132. Une identification calquée des amendements nécessaires. Néanmoins, parce que les définitions des termes clés de l'Annexe sont identiques à celles de la Convention de Vienne de 1963 — exceptée celle du « dommage nucléaire » —, les modifications nécessaires pourront se calquer sur celles déjà envisagées à son endroit. Comme évoqué quelques lignes plus haut, cela se justifie d'autant plus que l'Annexe ne prévoit aucunement qu'un organisme international compétent, ou même un État contractant, puisse décider d'inclure d'autres types d'installations⁵²⁹.

la liberté que laisse supposer la formulation de l'article Premier de la Convention sur la réparation complémentaire définissant les termes « Convention de Vienne » et « Convention de Paris » comme englobant « tout amendement » auxdites conventions qui serait en vigueur pour une Partie contractante.

⁵²⁶ Voy. *supra* § 1, B, 1.

⁵²⁷ Une exception mérite toutefois d'être relevée et concerne le cas des États-Unis. Dans leur souhait de faciliter une adhésion universelle à la Convention, les rédacteurs de cette dernière ont décidé de prendre en compte la situation de cet État par l'intermédiaire de l'article 2 de l'Annexe appelée « clause des droits acquis » ou « clause du grand-père ». Aux termes de cette dernière, le droit national des États-Unis est présumé être conforme aux dispositions de l'annexe, quand bien même ce dernier présenterait certaines définitions se distinguant des régimes classiques de responsabilité civile nucléaire. Alors certes, la Convention ne vise pas directement cet État puisqu'elle fait référence aux États dont le droit national contient certaines dispositions depuis le 1^{er} janvier 1995, mais cela semble être le seul cas des États-Unis.

⁵²⁸ Voy. *Convention sur la réparation complémentaire*, Annexe, art. premier 1.b.

⁵²⁹ Lors de la rédaction de la Convention, les États-Unis avaient présenté une proposition sous la forme d'un nouveau projet de convention pour donner suite au rejet d'une proposition concernant la canalisation économique applicable dans cet État. Ce projet de convention a par la suite été fusionné avec le projet en cours si bien que le projet « fusionné » donnait une définition de l'installation nucléaire basée sur la proposition initiale des États-Unis, qui autorisait l'incorporation de « toute autre installation désignée par une Partie contractante comme installation nucléaire » (SCNL/12/INF.6, p. 47). Finalement, ce projet n'ayant pas été retenu, il a été décidé d'insérer dans l'annexe des dispositions qui autorisent l'exclusion des installations à faible risque, mais pas celles qui autorisent l'inclusion d'autres types d'installations (SCNL/13/INF.3, p. 13) : voy. *Textes explicatifs*, pp. 74-75, notes 206-208.

En conclusion, à l'inverse du Protocole commun, une modification de la Convention sur la réparation complémentaire pourrait s'avérer utile à la recherche d'une efficacité maximale du régime de responsabilité nucléaire en cas d'accident survenant sur une installation de fusion. Cela bien évidemment, si tant est qu'elle remporte plus de succès auprès des États. Entrée en vigueur le 15 avril 2015, elle ne compte actuellement que onze États parties dont moins de la moitié sont des États nucléaires⁵³⁰.

133. Conclusion du § et de la Section. Au terme de cette première *Section* consacrée à l'identification des amendements nécessaires à l'intégration des activités de fusion au sein du régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire, le bilan apparaît d'ores et déjà mitigé. Certes, nous avons pu montrer au terme de ce second paragraphe que la cohérence initiale de ce régime globalisé permettrait de limiter les modifications à apporter, puisque seuls certains instruments appellent une modification en ce sens. De même, nous avons pu relativiser le risque de dénaturation des conventions *princeps* susceptible de résulter des modifications proposées, et ce en raison des pouvoirs conférés aux organismes internationaux qui peuvent adopter des décisions en orientant la lecture. Ces avantages ne suffisent toutefois pas à dissimuler la pesanteur des modifications à apporter aux conventions, spécifiquement aux conventions *princeps*, résultat de leur construction complexe et de l'imbrication de l'ensemble des notions que leurs champs d'application mobilisent. L'étude qui suit ne pourra infirmer ce premier constat, et ce dès lors qu'elle sera consacrée aux procédures à mettre en œuvre pour intégrer ces modifications, plus exactement, pour porter atteinte à l'intégrité des textes conventionnels.

Si nous avons effectivement soulevé au sein du propos ici conclu que certaines propositions de réécriture des conventions de Paris et de Vienne devraient s'accompagner de l'intervention, soit du Comité de Direction de l'Énergie nucléaire, soit du Conseil des gouverneurs, il n'en sera nullement question dans les développements qui suivent. Ces procédures ne soulèvent pas d'autres difficultés que celles ayant déjà été relevées et ne demeurent qu'un succédané à l'adoption d'un amendement formel. Ainsi, l'un comme l'autre de ces organes pourra adopter cette décision conformément aux pouvoirs qui leur sont conférés et dans les modalités prévues à cet égard.

SECTION 2. LES PROCÉDURES CONVENTIONNELLES MOBILISABLES

134. Un recours fréquent aux clauses d'amendement au sein des traités multilatéraux. De manière générale, c'est-à-dire une fois que l'on fait fi de certaines précisions terminologiques doctrinales sans portée pratique⁵³¹, il nous faut rappeler que l'amendement, s'il constitue « la modification d'une ou plusieurs dispositions d'un traité par les parties contractantes »⁵³², désigne également « l'opération par laquelle on effectue directement un changement du droit conventionnel »⁵³³. Expression directe du consentement des États, il présume une procédure formelle afin de matérialiser cette volonté

⁵³⁰ Voy. http://www-legacy.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/supcomp_status.pdf

⁵³¹ Voy. la note inscrite dans l'introduction du présent Chapitre concernant les distinctions doctrinales opérées entre « modification », « amendement » et « révision ».

⁵³² J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit., sv.* « Amendement ».

⁵³³ E. GIRAUD, « Modification et terminaison des traités collectifs », *AIDI*, Session de Salzbourg, 1961, t.1, p. 343.

commune des parties de voir l'accord modifié. Si une telle procédure est ainsi prévue aux articles 39 à 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités venue (tenter de) codifier la pratique en la matière⁵³⁴, il convient encore de rappeler son caractère supplétif en ce sens que ses dispositions, conformément à l'adage *lex specialis derogat legi generali*, doivent s'effacer devant toute disposition expresse du traité qui établit une règle différente⁵³⁵. Or, parce que la « prolifération » des traités multilatéraux dans le droit international contemporain a eu pour effet « de faire mieux comprendre qu'il importe de prévoir à l'avance, dans le traité lui-même, la possibilité d'un futur amendement »⁵³⁶, ces traités ont, de plus en plus fréquemment, prévu les modalités à suivre pour leur modification par des clauses spécifiques témoignant d'une « pratique de l'adaptation ordonnée »⁵³⁷ ou « organisée »⁵³⁸. Tel est le cas des conventions sur la responsabilité civile nucléaire. Il faut ainsi avouer que si ces clauses n'ont pas toujours permis de remplir l'objectif de simplification procédurale que l'on aurait pu attendre d'elles⁵³⁹, la sécurité et la prévisibilité qu'elles confèrent constituent leur plus grand mérite. Cela étant, une telle clause ne présentera une utilité pratique que si elle s'avère rédigée dans des termes suffisamment clairs, et ce afin d'éviter les difficultés qui seraient liées à sa mise en œuvre⁵⁴⁰.

135. Un recours utile aux clauses d'amendement par les conventions de responsabilité civile nucléaire ? Clarence Wilfred JENKS avait ainsi relevé qu'une disposition qui se bornerait, comme beaucoup de clauses, à proclamer qu'un nombre déterminé de Parties peuvent demander la révision de l'instrument, soit à tout moment, soit à des intervalles périodiques ou après que l'instrument a été en vigueur pendant un certain nombre d'années, ne constituerait qu'une acceptation de la révision sans grande portée pratique. Dans une approche *de lege ferenda*, il avait ainsi considéré qu'une clause d'amendement ne serait satisfaisante que si elle remplissait les conditions suivantes :

« elle devrait prévoir une méthode d'ouverture de la procédure de révision susceptible d'une application pratique [c'est-à-dire facilitant le déclenchement de la procédure] [condition n° 1] ;

elle devrait soumettre les parties à une obligation précise de participer à cette procédure [condition n° 2] ;

elle devrait, dans toute la mesure du possible, permettre de se passer de la ratification formelle de l'instrument révisé et atténuer la règle de l'unanimité [ou du moins, prévoir les conditions d'entrée en vigueur des amendements] [condition n° 3].

⁵³⁴ On notera à cet égard les mots de George SCELLE pour qui « [l']amorphisme de la pratique » semblait « exclure la possibilité de parler d'une coutume établie », expliquant que le texte de la Convention de Vienne en soit resté à des termes très généraux : G. SCELLE, « La révision des conventions internationales. Rapport préliminaire », *AIDI*, Session de Bruxelles, 1948, p. 49.

⁵³⁵ Voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *op. cit.*, article 40 et 41.1 ; CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session », *ACDI*, 1966, vol. II, p. 254, § 7 et K. ARDAULT, D. DORMOY, « Article 40 » in O. CORTEN, P. KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 1552.

⁵³⁶ CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *ACDI*, 1966, vol. II, p. 252, § 1.

⁵³⁷ S. BASTID, *Les traités dans la vie internationale. Conclusions et effets*, Paris, Economica, 1985, p. 169.

⁵³⁸ R. YAKEMTCHOUK, « La révision des traités multilatéraux en droit international », *RGDIP*, vol. 60, 1956, p. 338.

⁵³⁹ Initialement, comme le souligne Paul REUTER, ces clauses devaient surtout permettre de faciliter la procédure de révision des traités là où les États avaient pu « se dispenser d'organiser à cet effet une procédure d'amendement, se contentant d'amender le traité par les mêmes voies selon lesquelles il avait été adopté » : P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, *op. cit.*, p. 90. Il apparaît, en réalité que, par le jeu de ces clauses, la procédure d'amendement d'une convention internationale peut effectivement se trouver facilitée mais également entravée du fait des conditions strictes auxquelles les États l'auraient subordonnée. L'étude des textes qui suivra pourra d'ailleurs en témoigner.

⁵⁴⁰ Voy. en ce sens NATIONS UNIES, *Recueil des clauses finales des traités multilatéraux*, préparé par la Section des traités du Bureau des affaires juridiques, 2006, p. 88

Enfin, elle devrait préciser de manière exacte l'effet de la révision sur les obligations découlant de l'instrument original [condition n° 4] »⁵⁴¹.

Bien qu'il ne soit pas toujours aisé de trouver des clauses réunissant l'ensemble de ces conditions dans tous les traités en vigueur, un nombre croissant d'entre eux tendent tout de même, aujourd'hui, à les satisfaire⁵⁴². Il avait même été fait remarquer que le degré de perfectionnement du régime des amendements était fonction du contenu du traité. Ainsi, les traités régissant des matières techniques connaîtraient des procédures plus achevées que les traités politiques ou militaires par exemple⁵⁴³. Or, si la Convention de Paris n'a *a priori* pas échappé à cette tendance, il en va autrement de la (les) Convention(s) de Vienne ou encore de la Convention sur la réparation complémentaire dont les dispositions sont identiques sur ce point. Pour ces dernières, la question de la procédure d'amendement est plutôt lacunaire.

136. Plan. Cette dualité dans l'appréhension de la procédure d'amendement par les rédacteurs de ces conventions justifie donc de nouveau que le texte de la Convention de Paris (§ 1) soit étudié séparément des textes adoptés dans le cadre de l'AIEA, et plus spécifiquement de la Convention de Vienne. En effet, à partir du moment où l'étude de celle-ci pourrait s'appliquer *mutatis mutandis* à la Convention sur la réparation complémentaire, c'est par le seul prisme de la première que sera envisagée la procédure à mobiliser au sein de cette étude (§ 2).

§ 1. La clause d'amendement de la Convention de Paris

137. Identification de la clause d'amendement mobilisée. Avant toute chose, il faut nous entendre sur le texte qui fera l'objet d'un amendement, d'un point de vue strictement formel. En effet, lorsqu'un traité est amendé par un second traité portant amendement, ce dernier ne se substitue pas en principe au premier, mais s'y ajoute. Dès lors, autant que le traité initial, le traité portant accord d'amendement pourrait théoriquement faire l'objet d'une modification. À l'endroit de la Convention de Paris, tel ne sera bien évidemment pas le choix opéré. Nous l'avons déjà évoqué *supra*, lorsque la Convention de Paris de 1960 a été modifiée en 1964 (avant son entrée en vigueur), en 1982 puis en 2004, les parties ont prévu que les protocoles ainsi adoptés feraient partie intégrante de la Convention qui devrait ainsi se lire comme un instrument unique⁵⁴⁴. Il en résulte que ces protocoles n'organisent pas eux-mêmes leurs révisions et sont, pour ainsi dire, dépendant du traité de base⁵⁴⁵. C'est donc ce dernier que l'amendement vient modifier, mais selon les modalités issues de la lecture de la Convention comme

⁵⁴¹ C.W. JENKS, « Les instruments internationaux à caractère collectif », *RCADI*, vol. 69, 1939, p. 531. Voy. également les observations des membres de la onzième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Émile GIRAUD du 8 janvier 1960 annexé à E. GIRAUD, « Modification et terminaison des traités collectifs », *op. cit.*, p. 255.

⁵⁴² Voy. A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed., Cambridge, CUP, 2007, p. 262. L'auteur établit ainsi une liste des six points régulièrement abordés par ces clauses et fortement semblables à ceux requis par Clarence Wilfred JENKS.

⁵⁴³ Voy. R. YAKEMTCHOUK, « La révision des traités multilatéraux en droit international », *op. cit.*, p. 370 ; J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, Paris, LGDJ, 1961, p. 38.

⁵⁴⁴ Voy. *Protocole de 1982*, art. II.a ; *Protocole de 2004*, art. II.a.

⁵⁴⁵ Cela peut d'ailleurs être déduit du fait que les protocoles d'amendement ne sont ouverts qu'aux États déjà parties à la Convention de Paris de 1960 ou, à tout autre État dans les conditions prévues par la Convention de Paris et à condition qu'il devienne partie à la Convention de Paris et telle qu'amendée dans sa dernière version : voy. *Protocole de 1982*, art. II.d ; *Protocole de 2004*, art. II.d et sur la pratique de ces protocoles dits « non autonomes » Nations Unies, *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traité internationaux multilatéraux*, préparé par la Section des traités du bureau des affaires juridiques, 1999, LEG/7/Rev. 7, p. 77, §§ 254-255 et A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 143-145.

un instrument unique. C'est donc formellement la Convention de 1960 qui fera l'objet de l'amendement, mais lue dans sa (toute nouvelle !) version de 2004 entrée en vigueur entre toutes les parties le 4 janvier 2022⁵⁴⁶.

138. Le respect des conditions de JENKS par la clause d'amendement mobilisée. La Convention de Paris contient une clause d'amendement à son article 20 laquelle semble sommairement respecter certaines conditions posées par Clarence Wilfried JENKS. En effet, aux termes de cet article, dont il convient de souligner qu'il existait déjà dans le texte de 1960,

« [l]es modifications à la présente Convention seront adoptées par accord mutuel de toutes les Parties Contractantes [condition n° 2 ?]. Elles entreront en vigueur lorsqu'elles auront été ratifiées, acceptées ou approuvées par les deux tiers des Parties contractantes [conditions n° 3-4 ?]. Pour toutes Parties contractantes qui les ratifieront ou confirmeront ultérieurement, les modifications entreront en vigueur à la date de cette ratification, acceptation ou approbation [conditions n° 3-4 ?] »⁵⁴⁷.

Immédiatement, un doute peut naître à la lecture de cette disposition quant au respect de la première condition mentionnée par JENKS : « le texte doit établir, en tout premier lieu, une méthode pratique d'ouverture de la procédure ». En réalité, la Convention invite à opérer une lecture combinée de cette disposition avec l'article 22.d :

« [u]ne conférence sera convoquée par le Secrétaire général de l'Organisation pour examiner la révision de la présente Convention au terme de la période de cinq ans qui suivra la date d'entrée en vigueur, ou à tout autre moment, à la demande d'une Partie contractante, dans un délai de six mois à compter de cette demande [condition n° 1 et n° 2 ?] »⁵⁴⁸.

Dès lors, la Convention de Paris fait montre d'un certain classicisme. Par cette structure binaire, elle répond effectivement au schéma classique de la procédure d'amendement en deux phases, laquelle commandera la structure du présent paragraphe.

139. Plan. Il s'agira donc d'étudier successivement les modalités de la première phase d'amendement dite « phase préparatoire » comportant les opérations préliminaires à la révision elle-même (A.) puis celles de la seconde phase dite « phase principale d'amendement » relative à l'adoption et l'entrée en vigueur de l'amendement⁵⁴⁹ (B.).

A. Une phase préparatoire aboutie

140. Des conditions satisfaites nonobstant quelques insuffisances *de jure*. La détermination de la compétence pour initier une procédure d'amendement comme la décision relative à l'opportunité de la révision elle-même sont les principales questions devant être réglées dans la phase préparatoire. Une clause d'amendement ne présente en effet une quelconque utilité pratique que s'il n'est pas besoin de l'accord unanime des parties pour engager la procédure⁵⁵⁰. Ainsi,

⁵⁴⁶ Comme énoncé précédemment, si la Convention est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022, la Turquie est le dernier État à avoir déposé son instrument de ratification à la date du 4 janvier 2022.

⁵⁴⁷ *Convention de Paris* (2004), art. 20.

⁵⁴⁸ *Convention de Paris* (2004), art. 22.d.

⁵⁴⁹ Voy. A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., p. 103.

⁵⁵⁰ J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, op. cit., p. 54.

« toute clause de révision devrait, tout en exigeant que l'opportunité de la révision soit soumise périodiquement à un examen automatique, permettre la révision à tout moment, en autorisant un organe international à ouvrir la procédure même en l'absence de proposition formulée par une des Parties, une compétence discrétionnaire étant laissée à cet organe pour décider, à la lumière des circonstances du moment, de l'opportunité d'ouvrir la procédure »⁵⁵¹.

À cet endroit, la Convention de Paris s'avère satisfaisante. D'abord, elle introduit un certain automatisme à la révision de la Convention par la convocation d'une conférence par le Secrétaire général de l'OCDE au terme des cinq ans suivant son entrée en vigueur. Cela permet ainsi aux parties d'échapper au « *statu quo* conventionnel »⁵⁵² et d'empêcher la caducité ou l'incompatibilité du texte conventionnel avec une nouvelle situation ou un nouvel instrument⁵⁵³. Ensuite, si la clause ne permet *a priori* pas au Secrétaire général de provoquer l'ouverture d'une procédure à tout moment, elle se conforme toutefois à cette règle admise du droit international général qui fait dépendre le déclenchement de la procédure de la volonté des États parties⁵⁵⁴. Elle autorise effectivement toute Partie contractante à demander la convocation de cette conférence dans les six mois à compter de la formulation de cette demande, et ce sans limitation *ratione temporis* puisque cette demande peut intervenir « à tout moment »⁵⁵⁵. Enfin, cette convocation à une conférence diplomatique pourrait également confirmer le respect de la condition voulant que toutes les parties aient une obligation précise de participer à cette procédure. À tout le moins, elle honore les rapports de droits institués par un traité et l'obligation de l'exécuter de bonne foi et qui exigent, semble-t-il, que chaque partie soit consultée au sujet de tout amendement⁵⁵⁶. Pour ce qui concerne, le critère de périodicité automatique, la Convention pourrait en revanche faire défaut. Car si une procédure de révision peut être entamée au terme d'une période de cinq ans suivant la date de son entrée en vigueur, une lecture juste de l'article 22 indiquerait que cette période n'est pas renouvelable.

141. Des insuffisances de jure surmontées de facto. En pratique, cette lecture de l'article 22 ne saurait faire obstacle à toute procédure d'amendement visant à inclure le risque nucléaire de fusion. Au-delà du fait que le texte vient d'entrer en vigueur (ce qui laisse encore le temps), cette même rédaction contenue dans ses anciennes versions de ce dernier n'a jamais fait obstacles aux procédures de révision initiées par les parties elles-mêmes⁵⁵⁷. De plus, on notera que lors de l'adoption du Protocole de 2004, les parties ont inséré une nouvelle disposition selon laquelle elles se consulteront à l'expiration de

⁵⁵¹ C. W. JENKS, « Les instruments internationaux à caractère collectif », *op. cit.*, p. 533.

⁵⁵² A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p.117.

⁵⁵³ Voy. J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁵⁴ Voy. A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 66-67, 106-107. Ce point sera développé en détails *infra*. Il s'agira simplement de relever que cette règle est *a priori* tellement admise dans le droit international que les rédacteurs de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'avaient même pas jugé utile de l'inclure à l'article 40 dudit texte, et ce même si la proposition avait été formulée par Sir Humphrey Waldock de l'inclure en ces termes « qu'à moins que le traité en dispose autrement, toute partie a la faculté de présenter, à tout moment, une proposition en vue de le modifier ou de le réviser [le traité] » : voy. CDI, « Troisième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock », ACDI, 1964, vol. II, A/CN.4/186, p. 50, § 11.

⁵⁵⁵ *Convention de Paris* (2004), art. 22.d.

⁵⁵⁶ CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 254, § 9. Dans le cas contraire, on se trouvera alors dans la situation d'un accord *inter se* tel qu'envisagé par l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lequel est strictement encadré : voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 41 et A. RIGAUX, D. SIMON, « Article 41 », *op. cit.*, pp. 1562-1587.

⁵⁵⁷ Alors que l'article existait déjà sous cette rédaction en 1960, la Convention a pu être révisée à trois reprises en dehors de ces périodes quinquennales, et même avant son entrée en vigueur, la dernière révision ayant été initiée par les Parties pour donner suite à la révision de la Convention de Vienne et à l'adoption de la Convention sur la réparation complémentaire. Menée par un groupe *ad hoc* au sein de l'Agence pour l'énergie nucléaire, elle a ainsi abouti à l'adoption du Protocole de 2004.

chaque période de cinq ans suivant la date d'entrée en vigueur de la Convention, au sujet de tous les problèmes d'intérêt commun posés par son application. Or quoique cette disposition paraisse particulièrement servir à provoquer des discussions sur les montants de responsabilité et de garantie financière du régime de responsabilité, sa rédaction laisse néanmoins à penser qu'elle pourrait tout à fait fournir l'occasion d'une discussion concernant l'ouverture d'une procédure d'amendement aux fins d'y intégrer le risque nucléaire de fusion⁵⁵⁸.

B. Une phase d'adoption ambivalente

142. Plan. Au terme de la phase préparatoire commence la phase principale d'amendement, autrement dit celle au cours de laquelle il est effectivement procédé à l'amendement. Cette phase comporte également deux temps : celui de l'adoption de l'accord d'amendement et celui de son entrée en vigueur. Sur ce point, il s'agira donc de relever que la Convention de Paris se conforme à l'exigence de souplesse appelée par le droit international contemporain et essentiel à l'efficacité du processus d'adoption (1.), avant d'en identifier les contreparties, notamment pour ce qui concerne la lecture du régime conventionnel susceptible d'en résulter (2.).

1. Une procédure montrant une flexibilité potentielle

143. L'exigence apparente d'une « adoption » unanime. En vertu de la règle générale, codifiée par l'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'amendement suppose un accord entre les parties⁵⁵⁹. Empreinte du consensualisme inhérent au droit des traités, la procédure d'amendement présentée impose donc de recueillir l'assentiment de ces dernières, et ce suivant une procédure similaire à celle relative à la conclusion et l'entrée en vigueur des traités internationaux⁵⁶⁰. En la matière, une difficulté a néanmoins longtemps résidé dans la détermination du degré nécessaire de participation à l'élaboration de l'accord et surtout à son adoption pour que ce dernier entre en vigueur. Puisqu'un État ne peut pas être lié par une obligation à laquelle il n'a pas consenti, la réciproque voudrait qu'un traité ne puisse être révisé sans son consentement⁵⁶¹. Naturellement, le droit international classique a donc tenté de favoriser l'application de la règle de l'unanimité, c'est-à-dire la règle voulant qu'une révision ne peut être négociée et adoptée que moyennant le consentement de toutes les parties au traité original. Manquant cruellement de flexibilité, cette règle « plus souvent violée qu'observée »⁵⁶² tend néanmoins à être remise en cause aujourd'hui⁵⁶³.

⁵⁵⁸ *Convention de Paris* (2004), art. 22.c.

⁵⁵⁹ Le principe selon lequel un traité peut être amendé par accord entre les parties est en effet un principe coutumier, en ce sens que les amendements unilatéraux sont en principe interdits en droit international : voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 39 et P. SANDS, « Article 39 », *op. cit.*, p. 1531 et pour la confirmation ici d'un principe ancien et « essentiel du droit international » J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 13e éd., 2019, p. 178.

⁵⁶⁰ Voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, article 39 renvoyant ainsi à l'article 9 du même texte.

⁵⁶¹ Voy. J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁵⁶² CDI, « Troisième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock », *op. cit.*, pp. 49-50, §§ 7-8

⁵⁶³ La multiplication des traités multilatéraux généraux a effectivement contribué à atténuer cette règle, qui oscille dorénavant entre l'unanimité et la majorité. Il a parfois été affirmé que l'unanimité devait être requise dans le cadre de traité restreint et la majorité dans le cadre de traité plus élargi. Ainsi l'article 9 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (auquel renvoie l'article 39) dispose que « l'adoption du texte d'un traité conclu dans le cadre d'une conférence internationale s'effectue à la majorité des deux tiers des États présents et votants, à moins

Pour autant, et peut-être parce qu'elle constitue un traité restreint (ou plurilatéral)⁵⁶⁴, la Convention de Paris ne semble pas avoir dérogé à ladite règle. Son article 20 dispose, en effet, que « les modifications à la présente Convention seront adoptées par accord mutuel de toutes les Parties au traité ». Ainsi, la formulation de la lexie « toutes les parties au traité » pourrait confirmer qu'il est une obligation d'une participation unanime à la négociation, confirmant le respect de la seconde condition posée par JENKS⁵⁶⁵. Réciproquement, la référence à « l'accord mutuel » méconnaîtrait cependant la troisième⁵⁶⁶. Cette lexie renvoie, en effet, à la pratique institutionnelle de l'OCDE qui promeut le consensus et autorise un droit de *veto*, en ce qu'il suffit qu'un Membre émette un vote négatif pour en bloquer l'adoption⁵⁶⁷. En assurant l'accord unanime des Membres, cette pratique procure donc une plus grande légitimité à l'accord adopté tout en facilitant sa mise en œuvre en aval⁵⁶⁸. Elle est cependant un obstacle important à l'efficacité du processus d'adoption, lequel a d'ailleurs été mis en exergue pour ce qui concerne l'intégration des activités de fusion au sein de la Convention de Paris⁵⁶⁹. Cela étant, et outre qu'il autorise le recours aux réserves⁵⁷⁰, le texte présente en réalité une soupape permettant « d'atténuer »⁵⁷¹, en pratique, cette exigence de l'accord mutuel et donc de l'unanimité.

144. L'exigence réelle d'un consentement majoritaire aux deux tiers. Classiquement, un texte adopté ne produit ses effets juridiques qu'à son entrée en vigueur. Or les traités internationaux intéressant les matières les plus importantes exigent bien souvent que les accords leur portant amendement soient ratifiés par les parties conformément à la procédure *longue* ou *solennelle* dans laquelle l'expression du consentement à être lié ne peut résulter que de cet acte postérieur de ratification⁵⁷². Ainsi, l'article 20 de la Convention de Paris dispose que les modifications à cette dernière entreront en vigueur

que ces États décident, à la même majorité, d'appliquer une règle différente ». L'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités en exigeant un simple « accord entre les parties » exprimerait implicitement cette renonciation à la règle de l'unanimité, quand l'article 40 n'en fait pas mention. Pour la CDI, ce renoncement imposé à l'unanimité se serait en sus trouvé compensé par le « droit de chaque partie d'être consultée au sujet de l'amendement ou de la révision du traité [qui était] sauvegardé dans une large mesure » : voy. CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 252, § 1 et plus généralement sur cette question : P. SANDS, « Article 39 », *op. cit.*, p. 1533 ; K. ARDAULT, D. DORMOY, « Article 40 », *op. cit.*, p. 1555 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 46 et ss., 132 et ss ou encore P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, *op. cit.*, p. 90 soulignant le caractère « impraticable » de la règle de l'unanimité « si l'on voulait assurer une adaptation rapide à l'évolution des besoins ».

⁵⁶⁴ La Convention de Paris a 16 États parties, et celle-ci limite, en sus, l'adhésion aux pays membres ou associés de l'OCDE, et aux autres pays sur accord unanime des membres (art. 21). Or il est bien souvent admis, au regard de la pratique, que les traités comprenant un nombre restreint de parties peuvent se conformer sans difficulté à la règle de l'unanimité. Pour comparaison, la Convention de Vienne de 1963 est ouverte à tout État membre des Nations Unies (art. XXIV) et la Convention de Vienne de 1997 est ouverte à tous les États (*Protocole de 1997*, art. 20). Sur cette question voy. CDI, « Report of the Law of Treaties by Hersch Lauterpacht », *ACDI*, 1953, vol. II, pp. 93, 157 ; CDI, « Premier rapport par Sir Humphrey Waldock », *ACDI*, 1962, A/CN.4/144, pp. 35-36 ; G. SCHELLE, « La révision des conventions internationales », *op. cit.*, p. 1 ; E. GIRAUD, « Modification et terminaison des traités collectifs », *op. cit.*, pp. 6-7 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 50 et ss.

⁵⁶⁵ La clause d'amendement « devrait soumettre les parties à une obligation précise de participer à cette procédure »

⁵⁶⁶ La clause d'amendement « devrait, dans toute la mesure du possible, permettre de se passer de la ratification formelle de l'instrument révisé et atténuer la règle de l'unanimité [ou du moins, prévoir les conditions d'entrée en vigueur des amendements] »

⁵⁶⁷ Voy. B. COLAS, *L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et de l'environnement*, Paris, Éditions OCDE, 2012, pp. 51, 91.

⁵⁶⁸ Voy. P. DAILLIER, A. PELLET, M. FORTEAU, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 300.

⁵⁶⁹ Voy. L. GRAMMATICCO, « Quand la science se heurte au droit : responsabilité civile nucléaire et installations de fusion », *op. cit.*, p. 234.

⁵⁷⁰ *Convention de Paris* (2004), art. 18.

⁵⁷¹ Pour reprendre l'expression de JENKS.

⁵⁷² Voy. J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, *op. cit.*, pp. 102 et ss. Dans cette hypothèse, l'adoption du texte de l'accord par signature, dite phase « d'authentification », ne sert donc qu'à arrêter le texte. Le consentement des États à être lié s'exprime par un acte distinct, pouvant être parfois édicté à l'issue d'un examen effectué par les organes compétents pour engager l'État : voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *op. cit.*, art. 9 et ss ou encore P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, *op. cit.*, pp. 51 et ss.

« lorsqu'elles auront été ratifiées [ou acceptées ou approuvées⁵⁷³] par les deux tiers des Parties contractantes ». Dit autrement, les modifications n'entreront en vigueur qu'au moment où deux tiers des États étant à *ce moment-là* parties à la Convention de Paris auront exprimé leur volonté d'en être liés, mais à leur égard seulement⁵⁷⁴. Réciproquement, tant que les États compris dans le tiers restant n'auront pas ratifié l'accord portant amendement, ils ne seront pas tenus par ses dispositions⁵⁷⁵. Cela est d'ailleurs confirmé par la dernière portion de l'article 20 du texte qui dispose que « pour toutes Parties contractantes qui les ratifieront ou confirmeront ultérieurement, les modifications entreront en vigueur à la date de cette ratification ou confirmation ».

Or le droit international positif ne connaît aucune règle portant obligation pour un État de ratifier un texte, quand bien même il l'aurait négocié, signé ou « adopté »⁵⁷⁶. À tout le moins, on a pu envisager une « obligation morale »⁵⁷⁷ dont on trouve d'ailleurs une trace dans les protocoles ayant porté amendement à la Convention de Paris⁵⁷⁸, ou encore obligation sans grande portée résultant du principe de bonne foi. En l'état des choses, cela signifie que les États appartenant au tiers restant pourraient se trouver en dehors du Protocole d'amendement pour un temps indéfini. Dès lors, cette *majorité pratique aux deux tiers* allégerait le processus de l'amendement et pourrait permettre de surmonter certains obstacles, si tant est que la substance des amendements proposés ne suscite pas l'intervention de l'Union européenne⁵⁷⁹. Il ne serait, en théorie, pas inenvisageable qu'un État peu convaincu par l'opportunité de telle ou telle révision puisse l'accepter « par accord mutuel » tout en sachant d'avance qu'il ne procédera pas à sa ratification. La pratique est d'ailleurs relativement fréquente en droit international que des États signent un traité sans jamais le ratifier postérieurement : le cas de la Convention de Lugano évoquée en Introduction peut le confirmer⁵⁸⁰. En résumé, l'absence

⁵⁷³ La distinction entre ces différents termes est principalement relative à la procédure poursuivie sur le plan du droit interne, c'est à dire la « ratification constitutionnelle » par opposition à la « ratification internationale ». En droit français, par exemple, les traités signés par le Président de la République sont ratifiés, les accords signés par le Gouvernement sont approuvés. L'acceptation ou l'approbation ont ainsi été introduites dans de nombreux traités en vue d'instituer une forme de ratification simplifiée et de donner une plus grande liberté aux États. Quoiqu'il en soit, cela ne saurait changer la teneur du propos : voy. G. FITZMAURICE, "Do treaties need ratification ?", *BYBIL*, 1934, p. 113 ; CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session », *op. cit.*, pp. 214-216 ; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 2.b. et 11.

⁵⁷⁴ Il faut effectivement faire attention dans ce cas si l'indication du nombre de Parties est basée sur le nombre de Parties à l'heure de l'adoption des modifications ou à l'heure de leur ratification. Dans la pratique des Nations Unies, si le traité est silencieux, la pratique du Secrétaire Général est de compter le nombre de parties à l'heure de la ratification. Il s'agit de la pratique dite de la « cible mobile » : voy. NATIONS UNIES, *Recueil des clauses finales des traités multilatéraux — manuel*, Publication des Nations Unies, p. 66 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p.152 et A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, *op. cit.*, p. 266. La pratique dans le cadre de la *Convention de Paris* semble ainsi aller dans ce sens dès lors que le protocole de 1982 et le Protocole de 2004 ont été ouverts à la signature et à la ratification d'autres États parties à la seule condition qu'ils adhèrent simultanément à la Convention de base : voy. *Protocole de 1982*, art. II.d ; *Protocole de 2004*, art. II.d.

⁵⁷⁵ De longue date, un État ne saurait en effet être tenu par les clauses de l'accord avant d'avoir formulé son consentement : CPJI, *Affaire de la Commission internationale de l'Oder*, série A, n° 23, p. 20 ; CIJ, *Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume Uni)*, 1er juillet 1952, exception préliminaires, *Rec. CIJ*, p. 43.

⁵⁷⁶ Dans le cas de la *Convention de Paris*, l'Autriche et Luxembourg ont signé tous les instruments mais n'en ont ratifié aucun.

⁵⁷⁷ Voy. not. J.-P. COT, « La bonne foi et la conclusion des traités », *RBDI*, 1968/1, p. 150 faisant référence à P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, vol. 3, Paris, Rousseau, 1926, pp. 329-330 ; J.E. HARLEY, "The Obligation to Ratify Treaties", *AJIL*, 1919, pp. 389 et ss *contra* J. BASDEVANT, « La conclusion et la rédaction des traités et actes diplomatiques autres que les traités », *RCADI*, vol. 15, 1926, p. 587.

⁵⁷⁸ Voy. *Protocole de 1982*, art. II.c. et *Protocole de 2004*, art. II.c. : « [I]es signataires du présent Protocole qui ont déjà ratifié la Convention s'engagent à ratifier ou à confirmer aussitôt que possible le présent Protocole ». Cette disposition ne pose là qu'une obligation morale dès lors que le texte qui la porte, pour entrer en vigueur, devait justement être ratifié.

⁵⁷⁹ Certaines matières relatives à la Convention de Paris relève de la compétence de l'Union européenne. Pour cela, cette dernière pourrait exiger, comme tel a été le cas pour le Protocole de 2004, que les États membres de l'Union déposent simultanément leurs instruments de ratifications. Or ces États parties à la Convention de Paris sont en très large majorité des États membres de l'Union européenne : voy. *supra* Introduction note n°186 et *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁵⁸⁰ Cette Convention a été signée par 9 États et ratifiée par 3. Elle n'est donc jamais entrée en vigueur.

de ratification par le tiers restant des États n'empêcherait pas cette révision d'entrer en vigueur à l'égard des autres États. Elle ne serait cependant pas sans inconvénient.

2. Une flexibilité montrant des contreparties critiquables

145. Une solution portant atteinte au principe de bonne foi ? Que ce soit d'un point de vue théorique ou pratique, l'application de la solution précédemment évoquée pourrait effectivement poser difficulté. D'un point de vue théorique, une telle pratique pourrait d'abord porter atteinte au principe de bonne foi comme source d'obligations pré-conventionnelles, englobant une obligation de soumettre l'instrument signé aux autorités constitutionnellement compétentes en vue de ratification et une interdiction du refus de ratification pour des motifs arbitraires⁵⁸¹. Également fondées sur l'idée d'une attente légitime, sur la doctrine de l'abus de droit, voire sur la doctrine de l'estoppel, ces obligations n'ont cependant jamais trouvé de véritable portée dans le droit international⁵⁸². Même la disposition qui avait été initialement proposée dans le projet de 1964 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et qui proposait, sous couvert de la règle *nemo potest venire contra factum proprium*, d'interdire aux États ayant signé un accord d'amendement de s'opposer à l'entrée en vigueur et à l'application de cet accord entre ceux qui y seraient parties n'y a pas trouvé sa place⁵⁸³. Aujourd'hui, un État ayant signé un accord sans l'avoir ratifié ne peut donc qu'être tenu de s'abstenir d'actes qui priveraient l'accord de son objet et de son but conformément à l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Or cette disposition est d'un intérêt restreint pour le cas nous occupant dès lors que, sans préjudice de l'importance qui sera accordée à l'objet et au but du texte *infra* notre étude, elle ne saurait suffire à obliger les États à organiser la réparation des dommages de fusion nucléaire — le cas contraire revenant à présumer de leur consentement à être liés⁵⁸⁴. En théorie donc, toute contestation de cette stratégie conventionnelle quelque peu inconvenante (mais très arrangeante) ne trouverait pas de conséquences concrètes.

146. Une solution complexifiant les relations conventionnelles. En pratique, en revanche, cette solution susciterait plus de difficultés. Elle risquerait, en effet, de provoquer un phénomène de fragmentation puisqu'en vertu du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* duquel résulte l'effet relatif de l'amendement, il finirait par coexister, au sein d'un même ensemble conventionnel, deux catégories de parties et donc deux traités applicables⁵⁸⁵. Il y aurait donc :

⁵⁸¹ Voy. CDI, "Report on the Law of treaties by Hersh Lauterpracht", *ACDI*, 1953, vol. II, p. 108 dans lequel ce dernier proposait de consacrer l'obligation « [trad] de soumettre l'instrument aux autorités constitutionnelles compétentes afin qu'elles l'examinent en vue de sa ratification ou de son rejet ».

⁵⁸² Voy. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, PUF, 2000, pp. 179 et ss ; J-P. COT, « La bonne foi et la conclusion des traités » *RBDI*, 1968/1, p. 151 ; L. MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, OUP, 1961, pp. 134 et ss ; J. NISOT, « Le traité signé doit-il, par l'effet d'une obligation internationale, être soumis au Parlement en vue de sa ratification ? », *JDI*, 1931, pp. 349 et ss et C.D.I. « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la quatorzième session », *ACDI*, 1962, vol. II, p. 188.

⁵⁸³ Cet abandon a été justifié par l'excessivité d'une telle règle ainsi que par sa faible portée puisqu'il paraissait peu commun que des États participant à la rédaction d'un accord d'amendement se plaignent de sa mise en vigueur : voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa seizième session », *ACDI*, 1964, vol. II, A/5809, pp. 207-208 ; « Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock », *ACDI*, 1966, Vol. II, A/CN.4/186, p. 92. ; « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 256.

⁵⁸⁴ Voy. cependant sur la signification et la portée de cette obligation R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, *op. cit.*, sp. 100 et ss.

⁵⁸⁵ On notera à l'intention du lecteur que l'entrée en vigueur du Protocole de 2004 entre toutes les parties à la Convention de Paris a largement simplifié cette situation, puisqu'initialement le présent propos présentait 4 catégories distinctes de parties.

- Les États qui seront parties à la Convention de Paris non amendée *de lege ferenda*, c'est-à-dire à la Convention de Paris de 2004
- Les États qui seraient parties à la fois à la Convention de Paris de 2004 et à l'accord d'amendement *de lege ferenda* qui viserait à inclure les installations de fusion

Or l'amendement, « loin de créer *ex nihilo* des relations dans un domaine où les États étaient étrangers les uns aux autres, s'insère dans un ensemble de relations déjà existantes »⁵⁸⁶. Un traité subséquent ne peut donc « priver un État qui n'y est pas partie des droits que lui confère le traité antérieur »⁵⁸⁷. Cette coexistence devra donc faire l'objet de solutions. En l'absence de clause en ce sens au sein de la Convention de Paris — ce qui désobéit dans une certaine mesure à la condition n° 4 de JENKS⁵⁸⁸ — les règles codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités trouveront application, et notamment celles régissant l'application des traités successifs portant sur la même matière⁵⁸⁹. Dès lors,

- Dans les relations entre les États parties à la Convention de Paris de 2004 amendée *de lege ferenda*, c'est cette la Convention de Paris de 2004 amendée *de lege ferenda* qui s'appliquera.
- Dans les relations entre les États parties à la Convention de Paris de 2004 amendée *de lege ferenda* et les États partie à la Convention de 2004 non amendée *de lege ferenda*, c'est la Convention de Paris de 2004 non amendée *de lege ferenda* qui s'appliquera.
- Dans les relations entre les États parties à la Convention de Paris de 2004 non amendée *de lege ferenda*, c'est la Convention de Paris de 2004 non amendée *de lege ferenda* qui s'appliquera.

À ces difficultés s'ajouterait enfin la situation des États susceptibles d'adhérer au traité après l'entrée en vigueur de l'accord portant amendement. Le cas n'est pas rare de celui d'un État qui en ratifiant un traité ne donne aucune indication sur ses intentions en ce qui concerne l'accord d'amendement⁵⁹⁰. C'est pourquoi la Commission du droit international a jugé nécessaire de formuler une règle générale en la matière que l'on retrouve à l'article 40 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ce dernier pose deux principes. D'une part, l'État a le droit d'adhérer au traité initial comme au traité tel qu'amendé. D'autre part, la présomption d'adhésion au traité tel qu'amendé vaut en cas de silence parce qu'elle est celle qui établira les relations mutuelles entre le plus grand nombre possible d'États. On peut toutefois considérer que cette situation ne devrait pas poser de difficulté ici. À la différence de la Convention de Vienne, les parties contractantes de la Convention de Paris ont toujours anticipé ces difficultés en ne laissant aucunement le choix aux nouveaux États parties que d'adhérer à la Convention dans sa dernière version⁵⁹¹.

⁵⁸⁶ J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, op. cit., p. 99.

⁵⁸⁷ CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », op. cit., p. 234, § 6.

⁵⁸⁸ Pour rappel, ce dernier considèrerait qu'une bonne clause d'amendement « devrait préciser de manière exacte l'effet de la révision sur les obligations découlant de l'instrument original ». En l'espèce, la clause respecte l'idée de cette condition en soulignant que les modifications n'entreront en vigueur qu'à l'égard des États ayant ratifié l'accord d'amendement. Elle ne la satisfait cependant pas totalement puisqu'elle n'organise pas avec exactitude les relations susceptibles de résulter de cette modification non unanime. Par comparaison, si la Convention de Vienne de 1963 est silencieuse sur ce point, l'article 19 du Protocole de 1997 organisait néanmoins ainsi son application : *Protocole de 1997*, art. 19 ; *Convention de Vienne (1997)*, art. XVII.

⁵⁸⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 40.4) et art. 30.

⁵⁹⁰ Voy. « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session », op. cit., p. 255, § 12 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., p. 159 ; R. K. DIXIT, « Amendment or Modification of Treaties », *IJIL*, 1970, pp. 37-38.

⁵⁹¹ Voy. *Protocole de 1982*, art. II.d. ; *Protocole de 2004*, art. II.d. Cela explique que la Suisse, qui a adhéré à la Convention en 2009, ne soit actuellement pas devenue partie à la Convention lors de l'entrée en vigueur du Protocole de 2004.

Cela étant, d'aucuns considèrent que la coexistence de différents régimes juridiques s'avère « assez praticable »⁵⁹² et « presque indispensable » dans le cadre de traités multilatéraux⁵⁹³. Des mots de Romain YAKEMTCHOUK,

« mieux vaut assurer un minimum de réglementation conventionnelle, même au prix d'une certaine discrimination, qu'aucune organisation du milieu social. Mieux vaut que les États non consentants des amendements soient tenus à l'ancien régime leur imposant un minimum d'obligation, qu'à aucun »⁵⁹⁴.

Cette solution est d'ailleurs celle qui a été retenue dans le cadre de la Convention de Vienne (nucléaire) et la coexistence de la Convention de 1963 et de la Convention de 1997 n'aurait jamais été considérée comme créant des difficultés techniques insurmontables⁵⁹⁵. D'aucuns ont même évoqué là une « coexistence pacifique »⁵⁹⁶. À notre sens, elle est pourtant assez peu satisfaisante. Il ne faut effectivement pas oublier que les principaux intéressés du régime conventionnel restent les individus⁵⁹⁷. Or, la prise en considération des individus par le droit international justifie bien souvent que soient limités les rapports bilatéraux réciproques⁵⁹⁸. De surcroît, au sein du régime de responsabilité civile nucléaire, cette prise en considération a motivé la consécration d'un principe de non-discrimination ayant également guidé l'adoption du Protocole commun étudié *supra*⁵⁹⁹. Le hiatus conventionnel ici décrit serait donc susceptible d'entraîner une discrimination *de facto* contraire à l'esprit des conventions parce qu'il viendrait limiter le droit à réparation des victimes de la fusion nucléaire situées sur le territoire d'un État non-partie à la Convention amendée *de lege ferenda*. En d'autres termes, la révision tendrait alors à devenir, plus qu'un amendement formel, un accord *inter se*⁶⁰⁰.

⁵⁹² R. YAKEMTCHOUK, « La révision des traités multilatéraux en droit international », *op. cit.*, p. 398.

⁵⁹³ CDI, « Troisième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey WALDOCK », *op. cit.*, p. 49.

⁵⁹⁴ R. YAKEMTCHOUK, « La révision des traités multilatéraux en droit international », *op. cit.*, p. 398.

⁵⁹⁵ Voy. *Textes explicatifs*, p. 25.

⁵⁹⁶ V. LAMM, « Le protocole d'amendement à la Convention de Vienne de 1963 » in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, *op. cit.*, p. 209.

⁵⁹⁷ Voy. J. HAMILTON, "Access by Victims to the Compensation Regime of the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage – the Question of 'Geographical Scope'" in OCDE/AEN, *Reform of Civil Nuclear Liability, Budapest Symposium*, Paris, Ed. OCDE, 2000, p. 104.

⁵⁹⁸ Les obligations concernant les droits humains sont ainsi généralement catégorisées comme des obligations intégrales, c'est-à-dire des obligations qui supposent « que, la partie qui s'oblige maîtrise entièrement, complètement son exécution de l'obligation, puisqu'elle est indépendante de l'exécution des autres parties. L'exécution par une partie est autonome, elle se suffit à elle-même » : F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité : recherches sur l'obligation intégrale en droit international*, thèse, Paris II, 1999, p. 153. Ces obligations n'ont pas été consacrées en tant que telles dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, nonobstant des propositions formulées en ce sens : voy. CDI, « Troisième rapport sur le droit des traités par Sir Gerald FITZMAURICE », *ACDI*, 1958— II, p. 28. On en retrouve néanmoins certaines traces : voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 60.5 et plus généralement L.A. SICILIANOS, « Classification des obligations et dimensions multilatérales de la responsabilité internationale » in P-M. DUPUY (dir.), *Obligation multilatérale, droit impératif et responsabilité*, Paris, Pedone, 2003, pp. 57 et ss. Sur le lien entre ces obligations intégrales et le régime de responsabilité civile nucléaire, voy. *infra* Chapitre II, Section 1, § 2.

⁵⁹⁹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 14.

⁶⁰⁰ Lorsqu'un accord d'amendement n'entre en vigueur qu'à l'égard de certaines parties au traité, il arrive que l'on évoque l'existence d'un accord *inter se* : voy. « Troisième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey WALDOCK », *op. cit.*, p. 49 et rapprochez CDI, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI », *A/CN.4/L. 682*, p. 169. Simplement, par définition, l'accord *inter se* vise à désigner les accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux entre certaines parties seulement. Parce qu'il porte atteinte au principe voulant que toutes les parties à un traité soient consultées pour en modifier les dispositions, la conclusion de ces accords est conditionnée. Ils ne doivent ainsi pas porter atteinte à la jouissance des droits que tiennent les parties au traité initial, et surtout ils ne doivent pas s'inscrire en contradiction avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble. En l'occurrence, un tel accord pourrait être admis pour la *Convention de Paris* si l'on considère que la couverture des installations de fusion poursuit son objet et son but comme il le sera démontré *infra* Chapitre II, Section 1, § 2. Mais il en résulterait toujours un problème d'éclatement du régime conventionnel. Sur ces accords : voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 41 ; A. RIGAU, D. SIMON, « Article 41 », *op. cit.*, pp. 1562-1587.

147. Conclusion du §. Au terme de cette étude, il apparaît qu'en dépit d'une clause d'amendement relativement efficace, le fort respect des rédacteurs de la Convention de Paris pour le principe du consentement n'est pas sans conséquence. Il trouve une contrepartie dans l'incertitude et la complexité des relations conventionnelles qui seraient susceptibles de résulter de la procédure visant à inclure le risque nucléaire de fusion au sein du texte conventionnel. Certes, on ne saurait préjuger de la volonté politique des États parties en ce sens, et notamment des États parties qui sont membres de l'Union européenne. Le fait qu'Euratom soit partie à *ITER Organization* pourrait autoriser un alignement des États membres de l'Union européenne en faveur d'une telle intégration, et ce bien que l'intervention européenne puisse également ralentir le processus de ratification⁶⁰¹. En théorie, il subsiste cependant un risque d'un éclatement conventionnel qui s'accommode mal avec l'objectif du régime de responsabilité civile nucléaire. Dans ce contexte, la question se poserait de l'opportunité de revoir le mode de révision de la Convention de Paris. Son caractère normatif et le caractère institutionnel de son enceinte d'adoption⁶⁰² pourraient peut-être ouvrir la voie, sinon à des procédures simplifiées susceptibles de porter atteinte au principe du consentement⁶⁰³, à tout le moins à des procédures permettant d'obtenir « par avance » le consentement des États aux modifications que l'évolution de l'utilisation de l'énergie nucléaire requiert⁶⁰⁴. Il s'agit là d'un sujet qui dépasse le cadre de notre étude et qui n'est, de surcroît, pas exclusif de la Convention de Paris. À l'envisager, la Convention de Vienne suscite les mêmes difficultés.

§ 2. La clause d'amendement de la Convention de Vienne

148. Identification préalable de la clause d'amendement mobilisée. Comme pour la Convention de Paris, il faut avant toute chose nous entendre sur le texte qui fera l'objet de l'amendement. La situation est ici effectivement complexe. En effet, la Convention de Vienne de 1963 a été amendée par le Protocole de 1997 et les deux textes coexistent aujourd'hui, car des États peuvent encore adhérer à la seule Convention de 1963. Mais surtout, les rédacteurs du Protocole de 1997 ont autorisé des États non-parties à la Convention de 1963 à seulement adhérer au Protocole⁶⁰⁵. Tel est le cas du Maroc et des Émirats arabes unis. Le Protocole imposant que le texte soit lu entre ses parties comme un instrument unique avec la Convention de Vienne de 1963⁶⁰⁶, ces deux États peuvent se voir opposer la clause d'amendement contenue à l'article du XXVI dudit texte. Cependant, cette véritable absence d'identité de parties entre la Convention de Vienne de 1963 et le Protocole de 1997 questionne sur les procédures à entreprendre. Faudrait-il initier une procédure entre les parties à la Convention de 1963 et une procédure entre les parties au Protocole de 1997, au risque de complexifier davantage les relations conventionnelles ? La réponse n'est pas évidente rappelant le débat sur les protocoles

⁶⁰¹ Voy. *supra* note 186 et *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁶⁰² Ces caractéristiques de la Convention de Paris seront étudiées *infra* Chapitre 2, Section 1, § 2 et Section 2.

⁶⁰³ Sur ces procédures, soit majoritaire produisant des effets à l'égard de toutes les parties, soit d'entrée en vigueur automatique soit, encore, de consentement tacite : voy. A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 168 et ss.

⁶⁰⁴ Sur ce point voy. E. VITTA, « Le traité multilatéral peut-il être considéré comme un acte législatif ? », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 225-238 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 306.

⁶⁰⁵ *Protocole de 1997*, art. 20

⁶⁰⁶ *Protocole de 1997*, art. 18.

autonomes ou non autonomes⁶⁰⁷. Elle semble néanmoins se trouver dans le Protocole de 1997. Il dispose qu'un État qui y serait partie, mais qui ne serait pas partie à sa Convention de 1963, est lié par les dispositions de cette dernière telle qu'amendée avec les États parties au protocole. Sauf expression d'une intention contraire, cet État est lié par les dispositions de la Convention de 1963 aux États n'étant pas parties au Protocole⁶⁰⁸. *Par assimilation*, les États qui sont seulement parties au Protocole seraient donc considérés comme parties à la Convention de 1963 ; cela même s'ils ne l'ont pas ratifiée. Cette disposition pourrait donc simplifier la procédure d'amendement : la Convention faisant l'objet de l'amendement serait la Convention de 1963 et toutes les parties contractantes — *ou assimilées* — seraient invitées à participer à la procédure. Il faudrait simplement prendre en considération les différences substantielles existantes entre les deux textes pour ce qui concerne les modifications à apporter ; cela étant que l'adoption d'un amendement pourrait autoriser un rapprochement entre les deux textes sur les points de divergences subsistantes. Dans le propos qui suivra, c'est donc la Convention de Vienne de 1963 qui sera supposée faire formellement l'objet de la procédure d'amendement et les États seulement parties au Protocole de 1997 seront invités à y participer par assimilation. Quant à la distorsion qu'elle suppose de la notion de partie contractante, elle pourra certainement nous être pardonnée. D'abord, la clause d'amendement prévue par le texte de 1963 s'applique à la Convention de 1997, lue comme un instrument unique. Aussi, notre étude lui serait *mutatis mutandis* applicable si l'on objectait à notre vision et que l'on souhaitait procéder à une révision des textes conventionnels⁶⁰⁹. Ensuite, l'assimilation comme parties contractantes ne concerne que deux États : le Maroc et les Émirats arabes unis. Parallèlement, 43 États sont parties à la Convention de 1963 et seulement 13 d'entre eux sont parties au Protocole de 1997⁶¹⁰. Enfin, le fait d'adopter un protocole d'amendement à la Convention de 1963 ne saurait empêcher les parties à autoriser que le Maroc et les Émirats arabes unis adhèrent au Protocole *de lege ferenda*, tel que cela a été le cas pour le Protocole de 1997⁶¹¹ ; cela en raison du caractère peu prolix de la clause d'amendement mobilisable.

149. Une clause d'amendement mobilisée peu prolix. Contrairement à la Convention de Paris, la Convention de Vienne s'avère, en effet, particulièrement muette quant à la question de son amendement. Si l'article XXVI prévoit expressément la possibilité de convoquer une conférence des

⁶⁰⁷ Lorsqu'une convention est amendée, les parties peuvent choisir du caractère autonome ou non de ce dernier. Autrement dit, soit le protocole est dépendant de la convention principale et n'est ouvert qu'aux États y étant parties, soit il est autonome et ainsi ouvert à des États non parties à la convention principale. Ce second cas est beaucoup plus rare et se confond souvent avec le cas de protocole supplémentaire qui est un instrument conventionnel lié à un autre traité (« traité père »), mais qui est autonome et complet en ce qu'il reprend bien souvent les obligations de fond contenu dans le premier traité en les étendant. Dans le cas d'une procédure d'amendement type, le protocole autonome est donc un choix peu intéressant puisqu'il « n'y aurait aucun sens, pour les États non liés par lesdits traités, à devenir parties à des instruments adventices, à caractère purement subsidiaire, n'ayant d'autre objet que de modifier le texte du traité auquel ils se rapportent » : voy. Nations Unies, *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traité internationaux multilatéraux*, op. cit., p. 77, §§ 254-255 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., pp. 143-145.

⁶⁰⁸ Protocole de 1997, art. 19. Nous reviendrons *infra* sur cette caractéristique.

⁶⁰⁹ Si l'on considère en effet que la Convention de 1997 constitue un traité indépendant, l'amender elle seule aux fins d'inclure les installations de fusion pourraient constituer un choix politique visant à inciter ses rédacteurs à obliger tout État souhaitant accéder à l'amendement à adhérer au traité de base, et ainsi permettre une plus large adhésion au Protocole de 1997. Cela ne nous paraît toutefois pas envisageable car cela risquerait de « crispier » les États prêts à couvrir le risque nucléaire de fusion sans toutefois adhérer au protocole de 1997 et donc, sans préjudice de l'étude qui sera menée dans le Titre II, de priver les victimes d'un régime certes moins abouti mais potentiellement protecteur. Cela d'autant plus que seul 3 États parties du Protocole sont intéressés directement par le développement de la fusion via ITER contre 10 parties à la Convention de 1963. Cette possibilité justifiera cependant que les dispositions pertinentes de la Convention de 1997 soient également référencées dans les notes *infrapaginales* du propos qui suivra.

⁶¹⁰ De surcroît, sur ces 13 États, 3 sont directement intéressés par la fusion nucléaire *via* le projet ITER contre 14 pour la Convention de 1963.

⁶¹¹ Voy. Protocole de 1997, art. 18.

parties pour examiner la révision de la Convention, il ne fixe aucune procédure particulière pour l'adoption et l'entrée en vigueur des instruments donnant effet à une révision. C'est pour cette raison que les amendements de 1997 ont été adoptés sous la forme d'un « nouveau » traité, et que les deux instruments continuent aujourd'hui de coexister. Loin de la structure très classique de la clause d'amendement de la Convention de Paris, la Convention de Vienne s'avère pourtant tout aussi ambivalente.

150. Plan. Au silence entourant les modalités de la phase d'adoption de l'amendement (B.), elle présente en effet une « phase préparatoire » qui paraît, à première vue, particulièrement stricte (A.).

A. Une phase préparatoire rigoureuse

151. Un droit d'initiative a priori excessivement restreint. En vertu de l'article XXVI de la Convention de Vienne,

« [u]ne conférence sera convoquée par le Directeur général de l'Agence internationale de l'énergie atomique, à tout moment, au terme de la période de cinq ans qui suivra la date de son entrée en vigueur, pour examiner la révision de la présente Convention, si un tiers des Parties contractantes en exprime le désir ».

S'il ne fait aucun doute quant au fait que la rédaction de cette clause ne remplit que trop peu des exigences identifiées par JENKS⁶¹², elle présente surtout un caractère particulièrement restrictif tant *ratione temporis* que *ratione personae*. La Convention de Vienne dispose ainsi que l'amendement doit être demandé par un tiers des parties, ce qui restreint *a priori* le droit qui devrait appartenir à toute partie d'introduire, à tout moment, une proposition d'amendement. Sa portée juridique reste toutefois limitée en ce qu'il « faut faire une distinction entre la présentation d'une proposition d'amendement et la suite à donner à cette proposition »⁶¹³.

152. Plan. Mais, si le droit international général autorise effectivement à tempérer la rigueur de cette clause d'amendement à l'endroit la « présentation de la proposition » (1.), cette rigueur se retrouve à l'endroit de « la suite à donner à cette proposition » (2.).

1. Une rigueur tempérée par la subsistance d'un droit à initier l'amendement

153. La reconnaissance d'une « limite de rigidité » du traité. Comme le soulignait Sir Humphrey WALDOCK, nul ne saurait empêcher une partie de poser, sur le plan politique, la question de la révision d'un traité, et ce en vertu des rapports qu'entretiennent les clauses particulières avec les règles générales du droit international⁶¹⁴. En dépit du caractère dérogoire des clauses particulières d'amendement vis-à-vis de la règle générale codifiée à l'article 40 de la Convention de Vienne sur le

⁶¹² Pour rappel, l'auteur considérait qu'une clause « [1] devrait prévoir une méthode d'ouverture de la procédure de révision susceptible d'une application pratique [c'est à dire facilitant le déclenchement de la procédure] ; [2] elle devrait soumettre les parties à une obligation précise de participer à cette procédure ; [3] elle devrait, dans toute la mesure du possible, permettre de se passer de la ratification formelle de l'instrument révisé et atténuer la règle de l'unanimité [du moins, prévoir les conditions d'entrée en vigueur des amendements]. [4] Enfin, elle devrait préciser de manière exacte l'effet de la révision sur les obligations découlant de l'instrument original » : C.W. JENKS, « Les instruments internationaux à caractère collectif », *op. cit.*, p. 531.

⁶¹³ A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p.109 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 298.

⁶¹⁴ Voy. CDI, « Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey WALDOCK », *op. cit.*, p. 90.

droit des traités, la liberté d'action reconnue aux parties connaît en effet des limites imposées par la structure même du droit international. Par-delà la maxime *lex speciali derogat legi generali*, « la norme générale conserve toujours un caractère de droit supplétif des lacunes du droit positif »⁶¹⁵. Le raccourci que l'on opère, en soutenant que les clauses d'amendement l'emportent sur les règles du droit international général, provient de ce que, dans la plupart des cas, ces clauses offrent davantage de souplesse. Dans une situation inverse, il ne faut donc pas voir une incompatibilité, mais simplement constater une concurrence. Pour déterminer la priorité d'application entre la clause d'amendement et la règle générale, Jean LECA avait ainsi prescrit de tenir compte du caractère particulier de ces clauses qu'il avait qualifié de « normes de production juridique »⁶¹⁶. Suivant ainsi cette logique d'une norme axiomatique insusceptible d'être modifiée et en se fondant sur une appréhension kelsennienne du traité international⁶¹⁷, cet auteur concluait que ces clauses d'amendement ne pouvaient déroger au droit international général que dans la mesure où elles étaient moins sévères que ce dernier⁶¹⁸. Cette idée selon laquelle « la limite de rigidité du traité »⁶¹⁹ est fixée par le droit international coutumier se retrouve d'ailleurs dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. La position de Sir Humphrey WALDOCK selon laquelle aucune clause ne pouvait priver ou risquer de priver une partie de la faculté de poser la question (même politique) de la modification d'une disposition, a justifié la rédaction en des termes généraux de l'article 40, paragraphe 2. En visant « toute proposition tendant à amender un traité multilatéral », cet article ne crée aucun obstacle à l'exercice de ce droit d'initiative et laisse « aux autres parties le soin d'invoquer ou de ne pas invoquer toute clause du traité qui limite [cette] faculté »⁶²⁰. Sur ce point, la seule limite pourrait donc être celle que rencontreraient les États *assimilés* à des parties contractantes (*id.* le Maroc et les Émirats arabes unis).

154. Une « limite de rigidité » étendue *ratione temporis*. Ce tempérament vaut également au regard de la question de la compétence *ratione temporis*. La Convention de Vienne définit une période de viabilité minimale de cinq ans pendant laquelle les propositions d'amendement seraient *a priori* interdites⁶²¹, ce qui ne devrait pas poser difficulté dans notre cas. De surcroît, cette pratique de la période transitoire est assez répandue parce qu'elle permet souvent d'assurer au traité un minimum de stabilité afin de se roder et de faire la preuve de sa viabilité⁶²². Pour autant, cette pratique ne signifie nullement qu'il puisse faire obstacle à tout amendement. La procédure se fera simplement en vertu

⁶¹⁵ K. STRUPP, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 47 1934, p. 315 ; J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, *op. cit.*, p. 122.

⁶¹⁶ Cette formulation n'est pas sans rappeler T. PERASSI, « Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale », *Riv. di dir. internazionale*, XI, 1917, pp. 196 et ss tel qu'expliqué par R. AGO, « Droit positif et droit international », *AFDI*, vol. 3, 1957, pp. 30-31.

⁶¹⁷ Voy. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., 1960, reimp. Paris, LGDJ, 1999, pp. 196, 228, et J.-A. BARBERIS, « Le concept de "traité international" et ses limites », *AFDI*, vol. 30, 1984, p. 241.

⁶¹⁸ J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, *op. cit.*, p. 127.

⁶¹⁹ J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, *op. cit.*, p. 127.

⁶²⁰ CDI, « Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock », *op. cit.*, p. 90 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 64-66.

⁶²¹ Voy. *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XXVI.

⁶²² J. LECA, *Les techniques de révision des conventions internationales*, *op. cit.*, p. 61 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, pp. 324-325. Par comparaison, on remarquera même que la Convention de Paris avait été amendée en 1964 avant son entrée en vigueur. Or bien que l'on considère que les clauses d'amendement ne font pas partie des clauses finales d'un traité (c'est-à-dire celles qui s'adoptent dès l'adoption du texte pour organiser son entrée en vigueur), la pratique reste établie sur le fondement du droit international général : voy. CDI, « Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock », *op. cit.*, p. 88 et p. 91 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 55 et ss.

des règles du droit international général, c'est à dire, avec l'accord toutes les parties, et « quoi qu'on puisse, d'un point de vue formel, affirmer que cela reviendrait en soi à une révision de la clause »⁶²³. Cela étant admis, toute autre est la question de savoir la suite qui sera donnée à cette demande.

2. Une rigueur ranimée par l'existence d'une compétence liée à poursuivre l'initiative

155. L'existence d'une compétence liée du Directeur général de l'AIEA. La suite donnée à cette demande constitue la question qui, à notre sens, est véritablement abordée par l'article XXVI de la Convention de Vienne. C'est donc dans ce sens précis qu'il convient de le lire. Ne faisant aucunement obstacle à ce qu'un État contractant prenne l'initiative de demander la révision, cette initiative ne saurait pour autant être interprétée comme une obligation pour le Directeur général, dépositaire du traité, de convoquer cette conférence. Il faudrait toujours qu'un tiers des États y consente⁶²⁴. Cela signifie, corrélativement, que le Directeur général de l'AIEA ne dispose, à la différence du Secrétaire général de l'OCDE, d'aucun droit d'initiative. Pour reprendre un terme du droit administratif, sa compétence se trouve « liée » : il ne procédera à cette convocation que s'il en va du souhait des parties⁶²⁵.

156. Une compétence susceptible de tuer dans l'œuf l'intégration du risque nucléaire de fusion. Au regard du sujet nous occupant, cela pourrait poser difficulté. La Convention de Vienne de 1963 est apparue comme une évidence après l'accident de Tchernobyl. Partant, quand le Conseil des Gouverneurs a prié le Directeur général de porter la nécessité d'une révision de la Convention à l'attention des États, ce dernier avait reçu confirmation rapide de cinq États, soit un tiers des parties contractantes à l'époque⁶²⁶. Dans le cas d'une révision visant à intégrer le risque nucléaire de fusion, la situation pourrait s'avérer quelque peu différente. Quoiqu'il ne faille ignorer ni l'attention qui fut portée sur la question lors de la rédaction du Protocole de 1997⁶²⁷ ni le soutien de l'AIEA à cette nouvelle source d'énergie⁶²⁸, il reste que seulement 10 sur 43 États parties à la Convention de 1963 sont impliqués dans le développement de la fusion nucléaire par leur participation au projet ITER — 9 d'entre eux le sont à travers la participation d'Euratom⁶²⁹. Or cela constitue moins d'un tiers des États parties et donc une proportion bien moindre que pour la Convention de Paris. Sans préjuger des positions de chaque État sur la question et de l'intérêt des États non impliqués de voir le régime ainsi étendu, cela risquerait néanmoins d'entraver la modification de la Convention en ce sens. Par ailleurs,

⁶²³ S. ENGEL, « Les clauses de révisions dans les traités internationaux multilatéraux d'après-guerre », *R.D.I.L.C.*, 1939, p.537.

⁶²⁴ Voy. *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XXVI : « une conférence sera convoquée par le Directeur général [...] si un tiers des parties y contractantes en expriment le désir ».

⁶²⁵ Voy. sur ce cas de figure P. DAILLER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 298 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 110.

⁶²⁶ *Textes explicatifs*, p. 21.

⁶²⁷ À sa cinquième session le comité de rédaction s'était effectivement montré intéressé par les questions soulevées dans le document présenté par l'AEN (SCNL/5/2) concernant les risques radiologiques que pourraient poser à l'avenir les réacteurs à fusion. Il avait été convenu à l'époque d'examiner la question plus avant lors d'une session ultérieure (SCNL/5/INF.4, p. 10). A la suite de la présentation d'un document plus détaillé de l'AEN (SCNL/6/4), le comité de rédaction avait « pris note » du document et les délégations ont « convenu » qu'elles « consulteraient leurs autorités gouvernementales compétentes au sujet des conclusions tirées dans cette note et sur le point de savoir si cette question devait être examinée plus avant » (SCNL/6/INF.4, p. 13). Il fut finalement « décidé qu'il était trop tôt pour examiner l'application du régime de responsabilité civile aux futures installations à fusion » (SCNL/7/INF.6, p. 9).

⁶²⁸ L'Accord ITER a en effet été négocié sous les auspices de l'AIEA et le Directeur général de l'AIEA en est le dépositaire.

⁶²⁹ Voy. https://www-legacy.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/liability_status.pdf

le Protocole de 1997 n'est entré en vigueur qu'entre 13 (+2) des 43 États partie à la Convention de 1963⁶³⁰ ; ce qui nous ramène à la question de l'adoption de l'amendement.

B. Une phase d'adoption ignorée

157. L'absence de prévision de la phase d'adoption par la clause d'amendement. Si l'article XXVI des Conventions de Vienne régit la phase dite « préparatoire » de la procédure d'amendement, les Conventions ne fixent pas de procédure particulière concernant l'adoption et l'entrée en vigueur des instruments donnant effet à une telle révision.

158. Plan. Il conviendra donc de s'en référer aux règles du droit international général, et ce plus particulièrement au regard de deux questions fondamentales : celle concernant la forme de l'amendement (1.) et celle du degré de participation requis pour l'adoption de ce dernier et de ses effets (2.).

1. Le libre choix de la forme de l'accord portant amendement

159. Un recul progressif de la théorie de l'acte contraire. Pendant un certain temps, les États se dispensaient d'organiser une procédure d'amendement au sein des traités multilatéraux. Ils se contentaient d'amender le traité par les mêmes voies que celles utilisées pour son adoption, et ce en application de la théorie de « l'acte contraire ». Selon cette théorie, que l'on peut aisément rattacher à la règle du « parallélisme des formes » en droit administratif français, un traité devait être amendé par un accord de forme identique ou équivalente, « c'est-à-dire par un autre traité adoptant les mêmes formes que le traité de base »⁶³¹. C'est ainsi que la Convention de 1963 ne fixant pas de procédure particulière, les amendements de 1997 ont été adoptés sous la forme d'un nouveau traité dont les modalités d'entrée en vigueur s'avèrent très similaires à celle de la Convention initiale⁶³². Les travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités ont cependant mis en exergue l'insuffisance de cette solution face au développement des organisations internationales et la multiplication des traités multilatéraux⁶³³. Frein à une adaptation rapide des traités, cette théorie a donc perdu sa place au sein d'un droit international « caractérisé par une très grande absence de formalisme »⁶³⁴. C'est d'ailleurs pour ne pas exclure la possibilité d'une modification prenant une forme autre qu'un accord écrit que les articles 39 et 40 de la Convention de Vienne sur le droit des traités visent spécifiquement le cas d'un amendement par « accord entre les parties » et renvoient aux règles sur la conclusion des traités à titre subsidiaire⁶³⁵. C'est également pour cette raison que l'on

⁶³⁰ Voy. http://www-legacy.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/protamend_status.pdf

⁶³¹ P. SANDS, « Article 39 », *op. cit.*, p. 1526 ; G. SCELLE, « La révision des conventions internationales », *op. cit.*, p. 7 ; R. YAKEMTCHOUK, « La révision des traités multilatéraux en droit international », *op. cit.*, pp. 361-363 ; A. AUST, *Moder Treaty Law and Practice*, *op. cit.*, p. 9. Pour ces auteurs, la théorie de l'acte contraire justifiait ainsi l'unanimité de la révision.

⁶³² Voy. *Convention de Vienne* (1963), art. XXIII ; *Protocole de 1997*, art. 21.

⁶³³ Voy. *supra* note 569.

⁶³⁴ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 321. Voy. ainsi P. SANDS, « Article 39 », *op. cit.*, pp. 1526-1527 ; R. K., DIXIT, « Amendment or Modification of Treaties », *op. cit.*, p. 45.

⁶³⁵ Le renvoi par l'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux règles relatives à la conclusion des traités (accords écrits) se serait justifié principalement par le fait que cette Convention régit ces dits traités. Mais il ne faut pas oublier que selon son article 3, le fait

admet aujourd'hui qu'un accord portant amendement peut prendre toute forme que choisiront de lui donner les parties, c'est-à-dire un tout nouveau traité⁶³⁶, un protocole (autonome ou non autonome)⁶³⁷, une résolution⁶³⁸, un accord verbal⁶³⁹ ou tacite⁶⁴⁰.

160. L'intérêt relatif d'un accord conclu en forme solennelle. Présentant l'avantage de la stabilité et de la sécurité, un amendement par accord écrit suppose néanmoins une procédure plus stricte. L'adoption d'un traité en forme solennelle a ainsi pu s'avérer justifiée en 1997 au vu de l'ampleur des modifications apportées à la Convention de Vienne. Cependant, cette procédure ne semblerait nullement nécessaire pour intégrer les activités de fusion dans le champ d'application de cette dernière. Sans minimiser les effets que cela pourrait induire sur le régime de responsabilité, il appert que le nombre de modifications à apporter est finalement assez limité (bien que leur identification ait été complexe)⁶⁴¹. C'est pourquoi, sans renoncer à l'adoption d'un accord écrit (et explicite), les parties pourraient décider d'adopter un accord suivant une procédure simplifiée, contrairement à ce qu'exige la clause d'amendement de la Convention de Paris.

2. L'itération d'un processus d'adoption (trop) flexible

161. Un renoncement itératif à la règle de l'unanimité. Corrélativement à l'abandon de la « théorie de l'acte contraire », et peu ou prou pour les mêmes raisons, le droit international général a également abandonné la règle traditionnelle en vertu de laquelle la modification d'un traité ne pouvait être effectuée que moyennant le consentement unanime des parties originaires⁶⁴². Quoique l'amendement suppose que toutes les parties soient consultées, le droit applicable dans le silence du traité — c'est-à-dire la Convention de Vienne sur le droit des traités — autorise donc qu'un traité soit amendé par un accord à la négociation duquel n'aurait pris part qu'une partie des parties contractantes⁶⁴³. Cette absence aux négociations ne pouvant priver les parties au texte initial de leur « droit » d'adhérer

qu'elle s'applique à ces accords écrits est sans préjudice de la valeur juridique d'accords prenant une autre forme. Initialement, d'ailleurs, l'ancien article 65 du projet de 1964 disposait que « [u]n traité peut être modifié par accord entre les parties. Si cet accord est en forme écrite, les règles posées dans la première partie s'appliquent, à moins que le traité ou les règles établies d'une organisation internationale n'en dispose autrement ». Or, cette lexie a été supprimée sur demande de certains États qui ne souhaitaient pas que la possibilité d'une modification informelle soit mise en exergue au sein du texte : voy. CDI, « Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock », *op. cit.*, pp. 86-87 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 44-45 ; P. SANDS, « Article 39 », *op. cit.*, pp. 1533, 1537 et ss ; M. E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 514-515.

⁶³⁶ Les parties peuvent effectivement choisir d'adopter un nouveau traité qui viendra abroger les dispositions de l'ancien traité dans les relations entre les parties à ce nouvel accord d'amendement. Cette solution est privilégiée lorsque l'amendement a lieu au sein d'une conférence des parties et lorsque les modifications à apporter sont très nombreuses : voy. A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 142.

⁶³⁷ Voy. *supra* note 607.

⁶³⁸ Voy. sur cette pratique A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 147, et rapprochez, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'un amendement, avec la solution utilisée pour l'Accord de Paris sur le climat qui a constitué un accord sous forme de Protocole inséré dans une décision de la COP et se lisant avec cette dernière : voy. S. MALJEAN-DUBOIS, R. LAVANYA, « L'Accord de Paris sur les changements climatiques du 12 décembre 2015 », *AFDI*, n°61, 2016, pp. 615-648.

⁶³⁹ Voy. P. SANDS, « Article 39 », *op. cit.*, p. 1537 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 44 et *Documents de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, première session, Vienne, 26 mars-24 mars, A/CONF. 39/11 p., p. 221, § 15.

⁶⁴⁰ Voy. P. SANDS, « Article 39 », *op. cit.*, pp. 1537-1538, A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, *op. cit.*, p. 213 ; M. E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, *op. cit.*, p. 513 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 44 et sur les perspectives d'un accord tacite : voy. *infra* Chapitre 2, Section 2, § 1.

⁶⁴¹ Voy. Section 1, § 1, B.

⁶⁴² Voy. *supra* note 563.

⁶⁴³ Voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 40.2. On voit donc ici la différence avec la clause d'amendement de la *Convention de Paris* qui, en exigeant un accord mutuel des Parties contractantes, laissait supposer une obligation de participation aux négociations.

ultérieurement à l'accord d'amendement⁶⁴⁴, le droit international général autorise cependant que l'accord entre en vigueur *inter se*, c'est-à-dire qu'il entre en vigueur entre un nombre restreint d'États⁶⁴⁵.

162. Une complexité itérative des relations conventionnelles. Dans cette hypothèse, la question de la priorité des obligations conventionnelles entrant en jeu, les effets juridiques de l'accord portant amendement doivent donc être de nouveau envisagés en distinguant plusieurs cas de figure :

- celui des États déjà Parties au traité **au moment** de l'entrée en vigueur de l'accord portant amendement **ayant adhéré** à l'accord portant amendement
- celui des États déjà Parties au traité **au moment** de l'entrée en vigueur de l'accord portant amendement, **mais n'ayant pas** adhéré à l'accord portant amendement
- et celui, en marge, des États qui deviennent Parties au traité **après** l'entrée en vigueur de l'accord portant amendement.

Concernant les deux premiers cas, la solution sera semblable à ce que nous avons évoqué *supra* pour la Convention de Paris. En vertu de l'effet relatif de l'accord portant amendement, les relations entre les États qui seront devenus parties à l'accord d'amendement seront régies par le texte conventionnel tel qu'amendé. Les relations entre les États qui n'auront pas adhéré à l'accord d'amendement resteront régies par le traité initial. Quant aux relations entre les premières et les secondes, elles seront régies par le traité initial. Derechef, le cas du Protocole de 1997 est d'ailleurs un exemple probant puisque les parties qui se sont opposées à l'adoption de ce nouveau traité ont réservé leurs droits tels qu'ils découlaient de la Convention de Vienne de 1963, suivant ces modalités telles qu'explicitées à l'article 19 du Protocole de 1997⁶⁴⁶.

La situation des États parties à la Convention de Vienne présentera toutefois une complexité supplémentaire. Compte tenu de la coexistence des deux conventions, il s'ensuivra une différenciation de régime entre les États parties à la Convention de 1963 et les États parties à la Convention de 1963 et au protocole de 1997. Ainsi, finiront par coexister au sein de ce traité quatre catégories d'États :

- les États parties à la Convention de Vienne de 1963
- les États parties à la Convention de Vienne de 1963 telle qu'amendée *de lege ferenda* par l'accord visant à inclure les activités de fusion
- les États parties (*ou assimilés*) à la Convention de Vienne telle qu'amendée par le Protocole de 1997
- les États parties (*ou assimilée*) à la Convention telle qu'amendée par le Protocole de 1997 et *de lege ferenda* par l'accord visant à inclure les activités de fusion.

Dans cette hypothèse, le lecteur comprendra que les critiques émises précédemment vis-à-vis de la Convention de Paris pourraient être ici réitérées à l'envi.

⁶⁴⁴ Voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 40.3 ; K. ARDAULT, D. DORMOY, « Article 40 », *op. cit.*, p. 1555 évoquant « un droit » à l'amendement sans « obligation » à l'amendement ». On voit ici la distinction avec l'accord *inter se* tel que prévu à l'article 41 qui reste restreint aux États ayant initié cet accord : voy. *supra* note 556 et 600.

⁶⁴⁵ Voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 40. 4. De nouveau, il faut ici distinguer avec l'accord *inter se stricto sensu*.

⁶⁴⁶ Voy. *Protocole de 1997*, art. 19.2 ; *Convention de Vienne (1997)*, art. XVII et *Textes explicatifs*, p. 25.

Concernant, enfin, le cas des États susceptibles d'adhérer au traité après l'entrée en vigueur de l'accord portant amendement, il a déjà été évoqué. Ainsi, l'article 40.5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que tout État qui devient partie au traité après l'entrée en vigueur de l'accord portant amendement est présumé devenir partie au traité tel qu'amendé. La règle établissant cette présomption en faveur du traité amendé est reprise dans un bon nombre de traités⁶⁴⁷. Dans le cadre de la Convention de Paris, la règle est même plus restrictive puisque les États devaient adhérer à la dernière version en vigueur⁶⁴⁸. Les rédacteurs du Protocole de 1997 étant restés silencieux sur la question, telle est la raison pour laquelle une adhésion à la seule Convention de 1963 est aujourd'hui possible⁶⁴⁹.

Pour les rapports entre les nouveaux États parties au Protocole et les États parties à la Convention de 1963, il s'agira toutefois de noter la formulation de l'article 19.1 du Protocole de 1997 :

« [u]n État qui est partie au présent Protocole, mais qui n'est pas partie à la Convention de Vienne de 1963 est lié par les dispositions de cette Convention telle qu'amendée par le présent Protocole à l'égard des autres États parties au présent Protocole et, sauf expression d'une intention contraire par cet État au moment du dépôt d'un instrument visé à l'article 20, est lié par les dispositions de la Convention de Vienne de 1963 à l'égard des États qui ne sont partie qu'à cette Convention »⁶⁵⁰.

Cette solution, évoquée dans l'introduction de ce §, est donc différente du droit international général. Si cette formulation devait être reprise dans l'accord d'amendement *de lege ferenda* (ce que l'on souhaiterait pour le cas du Maroc et des Émirats arabes unis), un État devenant partie au Protocole *de lege ferenda* deviendrait ainsi partie *assimilée* à la Convention de 1963 (voire au Protocole de 1997 ?). L'intention contraire ne jouera que sur les relations entre le nouvel État partie et ceux qui n'ont pas adhéré à l'accord portant amendement *de lege ferenda*. L'objectif demeurera ainsi le même, celui d'établir les relations mutuelles aux termes de la Convention entre le plus grand nombre d'États. Les limites seront également aussi les mêmes : celle d'une complexité des relations conventionnelles potentiellement préjudiciable aux individus.

163. Conclusion du §. Au terme de second § consacré à la clause d'amendement de la Convention de Vienne, le bilan est aussi mitigé, voire plus mitigé, que pour la Convention de Paris. Bien que la Convention de Vienne présente une clause d'amendement bien moins aboutie, le résultat final est quasi similaire. Les critiques qui avaient été formulées à l'encontre de la première pourraient donc y être réitérées. À cela s'ajoute cette particularité que l'amendement proposé *de lege ferenda* s'inscrirait ici dans des relations conventionnelles initialement déjà complexifiées par la coexistence des Conventions de Vienne. Or, cette coexistence témoigne déjà de l'absence d'une volonté commune de

⁶⁴⁷ Voy. A. CHANAKI, L'adaptation des traités dans le temps, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁴⁸ Voy. Protocole de 1982, art. II.d ; Protocole de 2004, art. II.d.

⁶⁴⁹ A sa quatrième réunion en 2005, l'INLEX avait discuté de la question de savoir si un État pourrait ou non ratifier la convention de Vienne de 1963, ou y adhérer, après que toutes les parties Contractantes à cette convention auront ratifié le protocole de 1997, ou y auront adhéré. Il a conclu que, en pratique et dans un avenir prévisible, il est fort probable qu'il continuerait d'y avoir une dualité de partie contractantes.

⁶⁵⁰ Il faut savoir qu'initialement, le projet du Protocole excluait les relations conventionnelles entre États parties au seul protocole et entre États parties à la seule convention de 1963 non amendée. C'est sur intervention du comité de rédaction en mai 1994, lequel leur a rappelé l'article 40 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qu'a été adoptée cette solution, laquelle diverge ainsi dudit article : voy. *Textes explicatifs*, p. 25 ; *Draft Final Clauses for Protocol to Amend 1963 Vienna Convention* (document SCNL/8/WP.3) attaché au *Report of the Eighth Session of the Standing Committee*, SCNL/8/INF.4, pp. 36-38 ; Document IWG/4/INF.2 attaché au *Report of the Fourth Meeting of the Intersessional Working Group of the Standing Committee*, SCNL/IWG/4/INF.4, pp. 48-57.

ses parties contractantes à faire évoluer le texte, là où les relations existantes entre les parties à la Convention de Paris pourraient, à l'inverse, motiver l'intégration des activités de fusion⁶⁵¹. Plus encore, c'est au niveau de la phase préparatoire que pourraient encore se cristalliser les difficultés principales que susciterait la révision du texte de Vienne. En effet, là où la Convention de Paris prévoit une phase préparatoire relativement satisfaisante, la Convention de Vienne prévoit une phase préparatoire excessivement rigide qui commande déjà une volonté convergente de ses parties contractantes, sinon pour initier la procédure, à tout du moins pour faire suite à toute initiative. Dans ce contexte, l'intégration des activités de fusion au sein de ce texte apparaît donc plus incertaine. Face à ce constat, la question doit donc se poser de savoir si cette voie doit être celle à privilégier, à tout le moins dans l'immédiat.

164. Conclusion de la Section, du Chapitre 1 et transition vers le Chapitre 2. Si l'on doit en effet, au terme de cette seconde *Section* et donc de ce premier *Chapitre*, jeter un regard global sur l'opportunité que constitue l'intégration des installations de fusion par la voie de l'amendement, le constat apparaît tout aussi mitigé. Au-delà, des difficultés procédurales que présente l'amendement, il ne faut effectivement pas oublier les atteintes à l'intégrité du texte qu'elles auraient vocation à réaliser, et qui ne sauraient, d'ailleurs, toujours se suffire. Pour la plupart, elles appelleraient corrélativement une intervention des organes compétents pour que soit achevée cette intégration et que soit verrouillée la possibilité d'y inclure d'autres activités n'ayant pas nécessairement leur place dans ce régime rigoureux. En résumé, quoiqu'une modification des conventions par cette procédure formelle présente un degré de sécurité considérable tout en restant respectueux du volontarisme et du consensualisme caractéristique du droit international, la procédure présente dans le même temps une rigidité et une complexité qui en limite l'efficacité et, surtout, qui cadre mal avec la réactivité que pourrait requérir le développement, sinon imminent, à tout le moins relativement proche, des activités de fusion.

Par contraste, nous allons voir, dans le prochain *Chapitre*, que le recours à l'interprétation peut offrir un degré de flexibilité et de réactivité appréciable. Afin d'assurer la prise en compte des activités dommageables de fusion par le régime conventionnel, nous envisagerons donc la possibilité d'une interprétation en ce sens des termes des conventions, ou plus exactement d'un terme de la Convention de Paris. La rédaction de la Convention de Vienne nous privant de cette possibilité, le prochain propos ne sera en effet consacré qu'au texte de Paris. Cela ne sera cependant qu'un moindre mal, car si l'interprétation constitue un moyen informel d'adaptation permettant une réactivité opportune qui satisfait les besoins qu'implique l'exploitation prochaine de l'installation ITER sur le territoire français, elle n'est toutefois pas sans défauts. Il s'agira cependant de ne pas anticiper davantage ni sur la suite de notre prochain propos ni sur sa conclusion.

⁶⁵¹ Ironiquement, c'est la solidarité existante par ailleurs entre la grande majorité de ses membres (11 sur 15) qui a freiné l'entrée en vigueur du Protocole de 2004 en raison des exigences de l'Union européenne sur ce point (voy. *supra* note 186 et *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2). Mais, comme évoqué précédemment, cette appartenance de ses États parties à l'Union européenne pourrait être un moteur pour l'intégration des installations de fusion en raison de la participation d'Euratom au projet ITER.

CHAPITRE 2

L'INTÉGRATION PAR LA VOIE DE L'INTERPRÉTATION

165. *Il n'y a pas d'application sans interprétation*⁶⁵². La destination naturelle d'une règle de droit est de s'appliquer aux rapports sociaux pour lesquels elle est établie. Comme les auteurs de cette règle ne peuvent pas prévoir toutes les situations concrètes qui seront soumises à son empire, ils doivent procéder par voie de dispositions générales, et la formulation de toute norme juridique possède dès lors un caractère abstrait. En raison de la généralité de ses termes, il est rare, voire « irréaliste »⁶⁵³, qu'une norme puisse capter l'infinie diversité des faits susceptibles de tomber sous son empire et ainsi s'appliquer de manière automatique à une situation concrète. Pour établir la correspondance entre les faits concrets d'un cas et les conditions d'application d'une règle juridique, il faut donc s'efforcer de dissiper préalablement les incertitudes et ambiguïtés qu'elle est susceptible de renfermer et lui restituer sa signification véritable⁶⁵⁴. Tel est le rôle de l'interprétation dont la définition la plus neutre du droit international l'entend comme « [l'] opération intellectuelle tendant à établir le sens d'un ou de plusieurs termes, ou celui d'une disposition d'un instrument juridique »⁶⁵⁵. Obéissant « à une nécessité logique »⁶⁵⁶ et conditionnant la mise en œuvre de la norme juridique⁶⁵⁷, l'interprétation devient ainsi primordiale au regard de la problématique nous intéressant : celle de l'application des normes établies par les conventions de responsabilité civile nucléaire à la situation factuelle singulière que constitue la question de la réparation des dommages résultant de la réalisation du risque nucléaire de fusion. Pour cela, elle a d'ailleurs déjà point au stade préliminaire de cette étude lorsque devait se poser la question de l'exclusion véritable de l'installation ITER du champ d'application de la Convention de Paris⁶⁵⁸.

166. « *Interpretation is an art masquerading as a science* »⁶⁵⁹. Bien que située « au centre de l'expérience juridique »⁶⁶⁰, l'interprétation n'en demeure pas moins complexe et protéiforme. Délicate à appréhender dans sa généralité, l'opération endosse déjà une pléiade de significations et donne lieu à de multiples pratiques faisant écho à la conception de chacun⁶⁶¹. Or les caractéristiques bien connues qui font l'originalité de l'ordre juridique international influencent à l'envi la teneur et la portée de l'opération interprétative. À l'image du droit qu'il sert, le processus interprétatif n'y est

⁶⁵² Selon la célèbre maxime de G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Sirey, t. II, 1932, réimpr. CNRS, 1984, p. 488

⁶⁵³ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, fondamentale et appliquée*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2018, p. 253.

⁶⁵⁴ Voy. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, pp. 253 et ss ; R. POUND, *An introduction to the philosophy of law*, Londres, Yale University Press, 1946, p. 100 ; J. SALMON, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 368 ; O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 209 ou encore D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, vol. 362, 2013, p. 63.

⁶⁵⁵ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 603.

⁶⁵⁶ M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151, 1976-III, p. 9.

⁶⁵⁷ Voy. R.E. FIFE, « Les techniques interprétatives non-juridictionnelles de la norme internationale », *RGDIP*, vol. 115, 2011, p. 367.

⁶⁵⁸ Voy. Chapitre préliminaire, Section 2.

⁶⁵⁹ R. JENNINGS, « General Course on Principles of International Law », *RCADI*, vol. 121, 1967/II, p. 544.

⁶⁶⁰ P. AMSELEK, « L'interprétation à tort et à travers » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 111.

⁶⁶¹ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationale de protection des droits de l'homme, op. cit.*, p. 19 ; S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 18 ; J.-F. LEVESQUE, « Traité de verre – réflexions sur l'interprétation », *op. cit.*, p. 70 et A. GESLIN, « Source du droit international. Traité. Interprétation. Motifs. Sujets et autorité de l'interprétation », *JCL Droit international*, fasc. 45, 2015, §§ 3 et ss.

qu'exceptionnellement centralisé. Plus encore, parce qu'explicitement ou implicitement, l'interprétation est un élément indissociable et incontournable de la mise en œuvre du droit international, un grand nombre de sujets ou agents de ce droit sont appelés à en interpréter les normes⁶⁶². Il en ressort un éclatement des modes d'interprétation, qui n'a été jusqu'alors que légèrement tempéré par l'institutionnalisation progressive de la société internationale. Le présent *Chapitre* étant ainsi consacré à l'interprétation comme outil d'adaptation informel permettant l'intégration des activités de fusion au sein du régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire, ces particularités de l'opération interprétative en droit international en guident la structure.

167. Plan. Envisager la mesure dans laquelle l'interprétation pourrait servir l'adaptation des conventions de responsabilité civile nucléaire, ou plus exactement de la seule Convention de Paris⁶⁶³, impose certainement l'examen des règles susceptibles d'autoriser une telle (ré)interprétation⁶⁶⁴ (*Section 1*). Elle conduit également à ce que soient identifiés les acteurs potentiels de cette opération interprétative, et donc les modalités par lesquelles cette dernière pourrait alors être réalisée. Il en résultera cette particularité de l'interprétation en droit international, où la qualité de l'interprète peut parfois avoir plus d'importance que la justification de l'interprétation (*Section 2*).

SECTION 1. LES JUSTIFICATIONS D'UNE (RÉ)INTERPRÉTATION DE LA CONVENTION DE PARIS

168. La règle générale d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Jusqu'à la codification des règles d'interprétation par la Convention de Vienne sur le droit des traités, le droit international ne consacrait « aucun système absolu et rigide d'interprétation »⁶⁶⁵. Quoique l'adoption des articles pertinents de ce texte ait été unanimement saluée, ce dernier porte encore les stigmates des hésitations initiales relatives à la nécessité d'une codification susceptible de priver le processus interprétatif de la « souplesse nécessaire » dont il faisait preuve⁶⁶⁶, et reste marqué du compromis adopté entre les différentes méthodes interprétatives existantes jusqu'alors. Témoignant d'une synthèse des règles relatives à l'interprétation des traités, la Convention distingue ainsi les moyens complémentaires d'interprétation⁶⁶⁷ de « la » règle générale d'interprétation formulée en ces termes : « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le *sens ordinaire* à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁶⁶⁸.

Par sa substance composite, cette règle illustre les trois grandes directions entreprises à cet endroit⁶⁶⁹, et n'opère aucune hiérarchisation entre ces différents moyens (textuel, contextuel et téléologique). En

⁶⁶² Voy. R.E. FIFE, "Les techniques interprétatives non-juridictionnelles de la norme internationale", *op. cit.*, p. 367 ; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford, OUP, 2008, pp. 109-138.

⁶⁶³ La limitation de l'étude à ce seul texte résulte des développements de la Section 1, et notamment du fait qu'à la différence de la Convention de Vienne, celui-ci ne pose aucune définition du terme « réacteur nucléaire ». Or, c'est par le biais du sens à conférer à ce terme que sera ici opérée la démonstration comme il le sera vu *infra* ce Chapitre.

⁶⁶⁴ Le choix de ce terme impliquant une itération est la conséquence du fait que le terme « réacteur » par lequel pourrait s'opérer l'interprétation escomptée a déjà fait l'objet d'une interprétation, sur laquelle il nous sera donc donné de revenir.

⁶⁶⁵ *Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France)*, Sentence arbitrale du 16 novembre 1957, *RSA*, vol. XII, p. 301.

⁶⁶⁶ CDI « Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock », *op. cit.*, p. 102.

⁶⁶⁷ Voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 32.

⁶⁶⁸ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31.

⁶⁶⁹ Voy. D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, p. 143 ; J-M. SOREL, « Article 31 » in O. CORTEN, P. KLEIN, *Conventions de Vienne sur le droit des traités*, *op. cit.*, p. 1332 ; C. SANTULLI, « Les techniques interprétatives de la norme internationale : Rapport général », *RGDIP*, vol. 115, 2011, p. 304.

autorisant une opération combinée ou holistique de ces moyens, et donc une « interprétation au creuset »⁶⁷⁰ susceptible de satisfaire tous ses utilisateurs⁶⁷¹, elle a donc fait l'objet d'une acceptation quasi automatique de la part des États et des juridictions internationales⁶⁷². Cela étant, et en dépit de sa souplesse certaine, cette règle d'interprétation posée par la Convention de Vienne sur le droit des traités ne présente aucune solution sûre à la problématique de l'écoulement du temps à laquelle « n'échappe » aucune norme⁶⁷³. Lorsque les circonstances d'application d'une norme ont évolué depuis sa création, son sens originel peut en effet ne plus être adapté aux situations et besoins nouveaux qu'elle vise pourtant à régir. L'interprète recherchant alors ce qui a été voulu par les parties ne devrait, en principe, pas pouvoir se placer à un autre moment que celui de l'adoption de l'acte. En dépit de ce principe classique de l'interprétation, une pratique importante s'est pourtant développée consacrant ce que la doctrine nomme « l'interprétation évolutive ».

169. La doctrine de l'interprétation évolutive. Quoique présentée par Jean SALMON comme une

« méthode d'interprétation prenant en considération l'évolution depuis la conclusion du traité en cause, du système juridique dans lequel s'insère la disposition à interpréter, et celle des situations juridiques auxquelles il convient de répondre par la mise en œuvre de la norme posée par cette disposition, ou par une norme tenue pour dériver implicitement de celle-ci-ci »⁶⁷⁴,

l'interprétation évolutive, d'ailleurs non exclusive au droit international⁶⁷⁵, reste délicate à appréhender⁶⁷⁶. Pour cela, il s'agira à ce stade de l'étude de considérer que l'interprétation évolutive est une technique interprétative qui, tout en mobilisant les moyens classiques d'interprétation (le texte, le contexte, l'objet et le but du traité), autorise à prendre en considération les « conséquences des changements potentiels dans la *signification* des normes lorsque leur référentiel évolue dans le temps »⁶⁷⁷. Visant ainsi l'actualisation de la *signification*⁶⁷⁸ à donner à la norme lorsqu'elle fait face à

⁶⁷⁰ CDI, « Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock », *op. cit.*, p. 103.

⁶⁷¹ Voy. CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 239 ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 116-117 ; S. SUR, « La créativité du droit international », *RCADI*, vol. 363, 2014, pp. 300-301 ; J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationale de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 28-29.

⁶⁷² Voy. J.-M. SOREL, « Article 31 », *op. cit.*, p. 1291 ou encore CPA, *Apurement des comptes entre les Pays-Bas et la France* (Pays-Bas c. France), sentence arbitrale du 12 Mars 2004, *RSA*, vol. XXV, p. 295, § 62 relevant ainsi que la règle forme « un tout intégré, dont les éléments constitutifs ne peuvent être séparé » et soulignant ainsi que « la jurisprudence a adhéré à la règle générale d'interprétation [et que] c'est d'ailleurs cette approche qui est maintenant adoptée par la Cour internationale de Justice et par certains organes d'arbitrage international ».

⁶⁷³ P.-M. DUPUY, "Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy" in E. CANNIZZARRO, (ed.) *The Law of Treaty beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, p. 124.

⁶⁷⁴ J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, s.v. « Interprétation évolutive ». Cette définition paraît relativement étroite en ce qu'elle pourrait être comprise comme circonscrivant l'interprétation évolutive à l'évolution du système juridique, ce qui n'est pas forcément le cas, la distinguant ainsi de l'interprétation systémique comme nous le verrons *infra*.

⁶⁷⁵ Voy. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 286 ; F. OST, M. VAN KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, pp. 184-185.

⁶⁷⁶ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationale de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 36 et ss.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 38. Dans le même sens voy. P.-M. DUPUY, « Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy », *op. cit.*, p. 125.

⁶⁷⁸ Quoique la doctrine ait tendance à les assimiler ou les traiter conjointement (voy. J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, s.v. « Droit intertemporel » ; CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs » in *Rapport de la Commission du droit international*, soixante-dixième session, 2018, A/73/10, p. 51), l'interprétation évolutive doit être distinguée du droit intertemporel. Ce dernier concerne la délimitation de l'application des normes dans le temps quand l'interprétation évolutive concerne « l'interprétation de leur signification » : voy. sur l'importance de cette distinction J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationale de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 39-40 et plus généralement P. TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et règles en droit international public (problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire)*, Paris, LGDJ, 1970, 351 p. ; IDI, « Le problème intertemporel en droit international public », Résolution du 11 août 1975.

une évolution juridique ou sociale⁶⁷⁹, l'interprétation évolutive est l'opération par laquelle l'interprète va lire le texte avec de « nouvelles lunettes »⁶⁸⁰ et redéfinir le sens du traité sans en altérer la nature⁶⁸¹. Avec pour vocation « de plier les lois aux besoins de l'heure présente »⁶⁸², l'interprétation évolutive peut donc laisser perplexe⁶⁸³. Nous sommes toutefois convaincus qu'une interprétation évolutive, sinon des conventions de responsabilité civile nucléaire, à tout le moins de la Convention de Paris, permettrait une intégration aisée et rapide des activités de fusion en son *for*. Pour cela, le présent propos aura vocation à en rechercher les justifications tout en poursuivant l'objectif de respect de la volonté des parties que nous avons formulé dès l'introduction de ce Titre. Pour cela, il s'agira d'identifier « la mesure dans laquelle les auteurs auraient entendu (dès l'origine) établir un régime destiné à s'adapter aux évolutions sociologiques »⁶⁸⁴.

170. Plan. Pour ce faire, il conviendra de rechercher, dans un premier temps, une évolutivité du traité par la mobilisation de moyens dits « textuels » d'interprétation, incluant le texte et son contexte (§ 1). Dans un second temps, il conviendra d'envisager la mesure dans laquelle le moyen dit « téléologique »⁶⁸⁵ pourrait appuyer une telle opération interprétative, et ce en raison d'une appréciation portée sur l'objet et du but du texte (§ 2).

§ 1. Le recours aux moyens textuels

171. *Interpretatio cessat in claris* : l'identification du terme autorisant l'interprétation. Selon la règle générale d'interprétation, l'interprétation doit prendre appui sur « le texte suivant le *sens ordinaire* à attribuer à ses termes dans leur *contexte* »⁶⁸⁶. Cette exigence est l'une des techniques interprétatives les plus anciennes et la plus invoquée en pratique parce que le texte est l'élément objectif caractérisant pour le mieux la relation conventionnelle⁶⁸⁷. Le texte étant l'expression authentique de l'intention des Parties et l'aboutissement de leurs négociations, il incarne *prima facie* la manifestation la plus directe de leur volonté, et l'interprète ne doit son existence qu'à cet objet lui

⁶⁷⁹ A ce titre, l'interprétation évolutive est parfois distinguée de la doctrine du droit vivant. Ainsi la première serait intrinsèquement liée aux changements juridiques (« passage du temps manifesté par le droit ») quand la doctrine du droit vivant liée aux changements factuels (« passage du temps manifesté dans des évolutions non juridiques ») : voy. EL BOUDOUHI, *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 294. Pour Julie FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 40, cette distinction serait de peu d'intérêt. Nous rejoignons cette position et adopterons une conception englobante de l'interprétation évolutive contrairement à celle que certains ont pu lui conférer et qui, bien qu'apparaissant déjà dans la définition de Jean SALMON suscitée, sera vue *infra*.

⁶⁸⁰ G. DISTEFANO, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *RGDIP*, vol. 115, 2011, p. 374.

⁶⁸¹ P.-M. DUPUY, « Evolutionary interpretation of treaties: between memory and prophecy », op. cit., p. 125.

⁶⁸² F. OST, M. VAN KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, op. cit., pp. 184-185.

⁶⁸³ Voy. par exemple J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 286 pour qui la méthode, lorsqu'elle vise à soumettre la norme aux conceptions de l'ordre social, serait « manifestement dangereuse » et procéderait « d'inspiration idéologique contestable et subjective ».

⁶⁸⁴ C. SANTULLI, « Rapport général », op. cit., p. 307

⁶⁸⁵ En autorisant une interprétation du texte selon les besoins du moment, l'interprétation évolutive se confondrait avec l'interprétation finaliste, particulière lorsque la première est justifiée par l'idée que les auteurs d'un texte auraient entendu établir un régime destiné à s'adapter aux évolutions sociologiques. Toutefois, et quoique l'intention initiale des parties soit un outil de l'interprétation évolutive, les deux méthodes doivent être distinguées : l'interprétation évolutive vise « l'actualisation du texte » par la recherche *éventuelle* de ses finalités : voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., pp. 39-40, 144.

⁶⁸⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31

⁶⁸⁷ M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », op. cit., p. 25 ; D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », op. cit., p. 143.

étant préexistant⁶⁸⁸. À cet égard, on ne le sait désormais que trop bien, les activités de fusion sont exclues du champ d'application des conventions de responsabilité civile nucléaire. Les installations de fusion ne répondent, en effet, pas à la définition d'une *installation nucléaire* et ne contiendraient ou ne mettraient en jeu vraisemblablement ni *combustibles nucléaires* ni *substances* ou *matières nucléaires*, eu égard aux définitions qui sont données par les clauses interprétatives de ces textes. Or, « la première maxime générale sur l'interprétation est qu'il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation »⁶⁸⁹. À ce stade, il faut donc admettre que ces trois notions revêtent un sens, sinon suffisamment clair pour que l'on en interdise toute interprétation, à tout le moins suffisamment circonscrit pour qu'une réinterprétation de leur définition aux fins d'intégrer le risque nucléaire de fusion ne paraisse ni possible ni légitime⁶⁹⁰. Le cas échéant, cela reviendrait à éluder les textes et à contrevenir au principe de bonne foi⁶⁹¹. Cela étant admis, il est donc question de s'interroger sur les termes qui n'ont pas de sens suffisamment défini pour qu'ils puissent faire l'objet d'une interprétation. Tel est le cas du terme *réacteur* contenu dans la Convention de Paris.

En son article 1, le texte de la Convention de Paris utilise en effet le terme *réacteur* pour désigner une *installation nucléaire* sans pour autant en fournir une définition conventionnelle, et ce à l'inverse de la Convention de Vienne⁶⁹². Ainsi, quoique ce terme ait pu faire l'objet d'une interprétation intervenue à côté du texte⁶⁹³, il peut laisser à l'opérateur le soin de déduire le sens que celui-ci doit recouvrir, autrement dit d'en rechercher son « sens ordinaire », entendu comme son sens courant, normal ou coutumier⁶⁹⁴ ou encore « naturel ou ordinaire »⁶⁹⁵.

172. La lettre tue, mais l'esprit vivifie : l'exigence de la recherche d'un sens concret du terme. Cela étant, si les termes d'un traité peuvent évoluer, ils peuvent également dès l'origine ne pas avoir un sens unique. Il ne s'agit ainsi généralement pas de rechercher un sens ordinaire *abstrait* du terme, mais un sens ordinaire *concret* qui doit être discerné eu égard au contexte dans lequel il est utilisé⁶⁹⁶. Le cas

⁶⁸⁸ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 112 en référence à P. WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme » in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 179 : « l'interprète ne doit son existence qu'à un objet à interpréter, qui préexiste à son intervention et qui est le texte ».

⁶⁸⁹ E. DE VATEL, *Le droit des gens ou principe de la loi naturelle* (1758), Neuchâtel, éd. 1773, Livre II, p. 407.

⁶⁹⁰ Si l'on enseigne classiquement que la théorie du sens clair voudrait qu'un terme ne soit interprété que lorsqu'il est obscur et imprécis, cette théorie est inexacte et artificielle dès lors qu'elle méconnaît inéluctablement les exigences de l'application d'une loi générale : voy. E. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, thèse, Paris II, 2004, pp. 176 et ss ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 256 ; M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique » in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1978, pp. 13 et ss. Comme l'avait souligné Roberto AGO, il arrive ainsi « que deux États trouvent tous les deux un traité très clair mais l'interprètent de deux manières opposées » : voy. CDI, « Compte rendu analytique de la seizième session », ACIDI, 1964, vol. I, p. 294, § 79.

⁶⁹¹ Voy. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., pp. 411-413 ; CPJI, *Lotus (France c. Turquie)*, 7 septembre 1927, Série A, n°10, pp. 16-17 ; CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis)*, 12 octobre 1984, Rec. CIJ, p. 266, § 23, et sur les clauses interprétatives en particulier M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », op. cit., p. 36.

⁶⁹² *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ii *contra* *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier 1.i et *supra* Chapitre préliminaire, Section 1.

⁶⁹³ Voy. Comité de Direction, « Interprétation du 8 juin 1967 », NE/M(67)/1 et *supra* Chapitre préliminaire, Section 1, § 1, A.

⁶⁹⁴ Voy. R. GARDINER, *Treaty interpretation*, op. cit., p. 164.

⁶⁹⁵ CIJ, *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, avis consultatif, Rec. CIJ, p. 8 ; CIJ, *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, 21 décembre 1962, exceptions préliminaires, Rec. CIJ, p. 336 ou encore CIJ, *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, 12 novembre 1991, Rec. CIJ, pp. 69-70.

⁶⁹⁶ Parler de sens ordinaire revêt d'ores et déjà la difficulté de déterminer ce qui est ordinaire aux yeux des rédacteurs du texte et ce qui apparaîtra comme tel aux yeux de son exécutant. Bien qu'il paraisse logique pour certains de présumer que ceux qui rédigent le traité emploient les termes dans le sens ordinaire (celui « que tout le monde comprend »), cet usage commun peut être modulé (ce qui renvoie, dans une certaine

des traités portant sur une matière technique comme le nucléaire en est un exemple probant. Le sens ordinaire du terme *réacteur* contenu dans la Convention de Paris doit directement renvoyer au contexte dans lequel il s'inscrit (voire au but que ce dernier poursuit, mais ce sera là l'objet d'autres développements). Dès lors, cette exigence du recours au contexte ne peut rester sans influence sur notre étude. En effet, si une interprétation évolutive de la Convention de Paris peut s'envisager en démontrant que le terme *réacteur* possède un sens ordinaire évolutif autorisant sa réinterprétation, celle-ci ne pourra s'opérer s'il est fait abstraction du contexte dans lequel il s'inscrit.

173. Plan. C'est pourquoi, quoique le propos suivant participe à rechercher la possibilité d'actualiser *per se* le sens ordinaire du terme *réacteur* en raison de son évolutivité (A.), il conviendra encore de mesurer cette évolutivité au regard du contexte de la Convention de Paris (B.).

A. L'évolutivité intrinsèque du terme *réacteur*

174. L'existence d'un principe de contemporanéité. Les applications et l'interprétation opérée du terme *réacteur* tel que contenu dans la Convention de Paris visent à associer quasi systématiquement l'emploi du terme à la fission nucléaire. Si l'idée avait été caressée, qu'une lecture élargie du terme pourrait autoriser l'intégration du risque nucléaire de fusion, les raisons invoquées à l'encontre de cette idée reposait dans leur globalité sur un constat unique : la fusion nucléaire n'étant pas assez avancée lors de la conclusion de la Convention de Paris, elle ne peut être visée par le texte⁶⁹⁷. Un « principe de contemporanéité »⁶⁹⁸ semble effectivement avoir prédominé en droit international selon lequel le sens ordinaire d'un terme doit se déterminer d'après ce qu'il était au moment de la rédaction du texte, et non d'après ce qu'il pourrait être au moment où celui-ci est interprété. Ce principe serait justifié par le fait que le sens ordinaire recherché est celui que les parties avaient à l'esprit au moment de la conclusion du traité, et non celui, imprévisible ou non, qu'il pourrait acquérir dans l'avenir : « s'en tenir à un autre sens reviendrait alors à faire dire aux rédacteurs du texte ce qu'ils n'ont pas voulu dire ou, pire encore, ce qu'ils n'ont pas pu dire »⁶⁹⁹. Dès lors, on serait conduit à considérer qu'en raison des circonstances historiques entourant la conclusion du texte de Paris — c'est-à-dire à l'époque où « les perspectives d'utilisation de la fusion nucléaire n'apparaissaient pas encore clairement »⁷⁰⁰ — , les parties auraient conféré au terme *réacteur* un immobilisme certain, le condamnant à ne revêtir que

mesure aux critiques exposées ci-dessus sur la théorie du sens clair). La bonne foi intervient alors comme un guide en ce qu'elle vient tempérer le textualisme. En empêchant l'esprit de s'attacher trop excessivement à la lettre, elle le tient dans certaines limites : voy. U. LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 63 ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 420 et M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 28.

⁶⁹⁷ Tel est du moins ce qui semble ressortir implicitement des débats du Comité de droit nucléaire : AEN, « Extension of the technical scope of the Paris and Vienna Conventions : fusion reactors », *op. cit.* et « Responsabilité et garanties financières pour les risques liés aux installations de fusion nucléaire », *op. cit.*

⁶⁹⁸ G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice [...]*, *op. cit.*, pp. 225-227.

⁶⁹⁹ M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 26. Ce principe est appliqué tant par la doctrine que la jurisprudence : voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session », *op. cit.* ; C. SANTULLI, « Rapport général », *op. cit.*, p. 306 ; CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 août 1952, *Rec. CIJ*, p. 189 ; *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, sentence du 6 mars 1956, *IRL*, vol. 23, 1956, p. 321 ou encore CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, 13 juillet 2009, *Rec. CIJ*, p. 242, § 63.

⁷⁰⁰ *Exposé des motifs* (1982), p. 3, § 12 ; *Exposé des motifs* (2004), pp. 9-10, § 18.e.

le sens qu'on lui reconnaît ordinairement. Ce sens ordinaire, figé au moment de la conclusion de la Convention de Paris, ferait obstacle à quelque évolution.

175. Les limites du principe de contemporanéité. Pourtant, si le langage peut changer selon le contexte, il le peut également selon le temps qui passe⁷⁰¹. Il est des situations où le sens des termes ayant évolué, la prise en compte d'un sens ordinaire revu sous l'angle dynamique ne doit dès lors pas être exclue, et notamment si cette prise en compte est suggérée par une « interprétation de bonne foi du terme considéré »⁷⁰². Cela est davantage le cas des traités qui, comme la Convention de Paris, utilisent des termes techniques⁷⁰³ et sont également normatifs, dans ce sens qu'ils fixent des obligations de comportement afin de réglementer de manière optimale une matière pour une certaine durée. Pour ces derniers, s'arrêter à un sens suranné ne répondant plus aux besoins changeants du secteur réglementé rend leurs objectifs difficilement réalisables. Le cas échéant, l'opérateur devrait opérer un choix cornélien entre la préservation de l'efficacité du traité face à l'évolution des circonstances et le respect de l'intention des parties telle que manifestée au moment de la conclusion du traité⁷⁰⁴.

176. Plan. Parce que la réflexion entreprise a pour objet de rechercher si une interprétation évolutive de la Convention de Paris est possible, du fait de l'évolutivité du terme *réacteur*, il s'agira alors d'apprécier la mesure dans laquelle le terme bénéficie de cette qualité. Il conviendra donc d'examiner les conditions dans lesquelles certains termes contenus dans certains traités autorisent à contrevenir au principe de contemporanéité (1.), et de confirmer le respect de ces conditions par le terme *réacteur* contenu dans la Convention de Paris (2.).

1. Une remise en cause conditionnée du principe de contemporanéité

177. Le recours à l'intention des parties pour jauger l'évolutivité du terme. Le mérite de l'interprétation évolutive réside dans sa capacité à concilier l'adaptation de la norme dans le temps avec la volonté des Parties⁷⁰⁵. En reposant sur l'idée que le sens ordinaire d'un terme peut évoluer depuis le moment de la conclusion d'un traité, elle vise à rechercher « *from the terms of the treaty that the parties contemplated a possible evolution of the content of the treaty in response to subsequent developments* »⁷⁰⁶. Elle n'autorise ainsi à remettre en cause le principe d'une interprétation contemporaine que s'il peut être présumé qu'il était dans l'intention des parties de voir le terme interprété selon le sens qu'il aurait acquis – en raison d'évolutions juridiques et sociales – au temps de

⁷⁰¹ L'exemple de C. SANTULLI, « Rapport général », *op. cit.*, p. 306 est ainsi des plus éclairants : « [p]our mesurer l'enjeu de la question, il suffit de se reporter à l'exemple topique d'une invitation à "dîner", qu'on supposera acceptée de bon gré par son destinataire. À quelle heure ce dernier a-t-il le devoir bourgeois de se rendre chez son hôte ? Si l'invitation date du Moyen-Âge, il est attendu pour le matin. Si le texte date de l'époque de Louis XIV, en revanche, c'est à midi qu'il cédera aux injonctions de la politesse la plus élémentaire. Si enfin, l'invention est postérieure au XIX^{ème} siècle, c'est pour le soir que les agapes sont envisagées. Le mot dîner, en effet, a toujours désigné dans le temps des repas intervenant à des moments différents de la journée, et tout, en prêtant volontiers aux juristes une stabilité que les gastronomes nous envient, la pratique montre que les mots du droit ne sont pas soustraits aux tempêtes des siècles ».

⁷⁰² CDI, « Projet d'article sur le droit des traités et commentaires », *op. cit.*, p. 242.

⁷⁰³ Voy. U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties*, *op. cit.*, p. 73

⁷⁰⁴ Voy. P. PALCHETTI, "Interpreting 'generic terms': between respect for the parties' original intention and the identification of the ordinary meaning" in *International Courts and the development of international law. Essays in honour of Tullio Treves*, La Haye, Springer, 2013, p. 92.

⁷⁰⁵ *Contra* J-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, pp. 286-287.

⁷⁰⁶ E. BJORGE, *The evolutionary interpretation of treaties*, Oxford, OUP, 2014, p. 104.

son application (et non de sa conclusion). Certains évoquent alors un « renvoi mobile », qui donne lieu à une interprétation évolutive par opposition à un « renvoi fixe » qui restreint l'interprétation à une recherche historique du terme⁷⁰⁷. Expression de la conscience originelle des parties d'intégrer des notions potentiellement évolutives dans le traité, le renvoi mobile permettrait ainsi de nier le caractère rétroactif de la méthode interprétative : elle serait une simple modalité de l'interprétation statique dont l'intention des parties devient « l'étoile Polaire »⁷⁰⁸. Pour rechercher le caractère évolutif d'un texte, il est donc souvent considéré qu'un indicateur de premier plan réside dans l'utilisation par les parties de terme(s) générique(s) dont l'évolutivité constitue un élément intrinsèque.

178. Un indicateur : l'utilisation de terme(s) générique(s) dans un traité pérenne. La pratique de la Cour internationale de Justice est à ce titre assez éclairante. Dès l'avis relatif aux *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, la Cour, tout en gardant à l'esprit « la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion », avait considéré que l'emploi de termes dont le sens n'était pas statique « mais par définition évoluti[f] » révélait l'intention des parties de les voir évoluer dans le temps et lui permettait de « prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi »⁷⁰⁹. Elle suivra la même approche dans l'*Affaire du plateau continental de la mer Égée* en 1978⁷¹⁰, puis concernant le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*. Dans cette dernière affaire, elle a appliqué le raisonnement au terme *commerce* utilisé dans le Traité établissant la limite entre le Costa Rica et le Nicaragua. Son célèbre *dictum* constitue ainsi pour certains l'expression d'une règle générale⁷¹¹ :

« [L]orsque les parties ont employé dans un traité certains termes de nature générique [1^{re} condition], dont elles ne pouvaient pas ignorer que le sens était susceptible d'évoluer avec le temps, et que le traité en cause a été conclu pour une très longue période ou "sans limite de durée" [2^e condition], les parties doivent être présumées, en règle générale, avoir eu l'intention de conférer aux termes en cause un sens évolutif »⁷¹².

À l'instar de la Cour internationale de Justice, la pratique arbitrale comme les juridictions spécialisées offrent également des exemples d'application de cette règle⁷¹³. Il doit donc être envisagé le respect de

⁷⁰⁷ Voy. spécifiquement M. BEDJAOUÏ, « Opinion individuelle » in CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, 25 septembre 1997, *Rec. CIJ*, p. 122, § 8.

⁷⁰⁸ C. SANTULLI, « Rapport général », *op. cit.*, p. 307 ; T. GEORGOPOULOS, « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives : quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *op. cit.*, p. 130 ; S.T. HELMERSEN, « Evolutive treaty interpretation: legality, semantics and distinctions », *EJLS*, vol. 6, 2013, p. 128 *contra* D. ALLAND, « L'interprétation du droit international », *op. cit.*, pp. 213-214 et R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 425 pour qui cette catégorisation reste ancrée dans le creuset du « positivisme » alors que l'intention des parties peut résulter d'autres éléments et notamment de l'objet et du but comme il le sera vu *infra*.

⁷⁰⁹ CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, 21 juin 1971, *Rec. CIJ*, p. 31, §53.

⁷¹⁰ Voy. CIJ, *Affaire du Plateau Continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, 19 décembre 1978, *Rec. CIJ*, p. 32, §77.

⁷¹¹ Voy. S. T. HELMERSEN, "Evolutive treaty interpretation: legality, semantics and distinctions", *op. cit.*, p. 172.

⁷¹² CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *op. cit.*, p. 243, § 66 et dans le même sens *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, 20 avril 2010, *Rec. CIJ*, p. 82, § 204.

⁷¹³ Voy. pour exemple *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du Golfe Saint Laurent entre le Canada et la France*, sentence arbitrale du 17 juillet 1986, *RSA*, vol. XIX, p. 247, §37 dans laquelle le tribunal a relevé le fait que lorsqu'une « expression est contenue dans un accord sans limitation de durée, il ne paraît guère concevable que les parties aient voulu lui donner un contenu invariable » et peu ou prou dans le même sens *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence arbitrale du 31 juillet 1989, *RSA*, vol. XX, pp. 151-152, § 85.

ces deux conditions par la Convention de Paris et par le terme dont on entend ici réévaluer le sens : celui de *réacteur*.

2. Une remise en cause autorisée par le texte de la Convention

179. Plan. Suivant le propos qui vient d'être tenu, un terme ne serait évolutif qu'à la condition qu'il soit considéré comme un « terme générique » et qu'il soit inclus dans un traité d'application pour une très longue période ou « sans limite de durée ». Pour confirmer le respect des deux conditions susmentionnées à l'endroit de la Convention de Paris, il s'agira de rechercher si celle-ci constitue un traité pérenne (a.) et si le terme réacteur constitue bien un terme « générique » (b.)

a. La Convention de Paris : un traité pérenne ?

180. Un traité conclu avec une limite de durée. La Convention de Paris est un traité dont l'objet et le but sont tant de promouvoir le développement de l'industrie nucléaire que de garantir aux victimes d'accidents nucléaires une réparation adéquate et équitable. Est-ce à dire pour autant qu'elle remplit la condition suivant laquelle le traité en cause devrait avoir été « conclu pour une très longue période ou “sans limite de durée” » ? Cela n'est certain. À la lecture du texte de la Convention, il apparaît que cette dernière ne devait initialement avoir été conclue que pour une période de dix ans à compter de la date de son entrée en vigueur, et devait ensuite rester en vigueur pour une période successive de cinq ans renouvelable⁷¹⁴. Compte tenu de la faible durée que constitue une période de « dix ans », et de surcroît renouvelable par période de cinq ans, dans la vie des traités internationaux (comme dans la vie des réacteurs nucléaires d'ailleurs !), la Convention de Paris pourrait ne pas satisfaire cette première condition. Pourtant, une lecture plus attentive de la disposition conventionnelle peut autoriser à nuancer cette position.

181. Un traité créant néanmoins un régime juridique « caractérisé par sa pérennité ». À bien y regarder, ces « durée(s) de vie déterminée(s) » semblent davantage avoir été inscrites dans la Convention de Paris pour encadrer les modalités de sa dénonciation plus que pour en limiter son

On peut aussi trouver des exemples au sein de la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC qui fait allusion à des termes « par définitions évolutifs » : voy. OA, *États-Unis – Prohibition de l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, p. 51, §129 soulignant que « l'expression “ressources naturelles épuisables” figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement », et OA, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, rapport du 21 décembre 2009, p. 189, § 396 : « les termes employés dans la Liste AGCS de la Chine (“enregistrement sonore” et “distribution”) sont suffisamment génériques pour que ce à quoi ils s'appliquent puisse évoluer avec le temps [...] les Listes AGCS, comme l'AGCS lui-même et tous les Accords de l'OMC, constituent des traités multilatéraux contenant des obligations permanentes que les Membres de l'OMC ont contractées pour une durée indéterminée ». Le TIDM connaît également un exemple de cette pratique : voy. TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, Rec. TIDM, § 117. Enfin, on ne manquera pas de faire référence à la jurisprudence pionnière de la CEDH et de la CIADH dont une étude approfondie est faite dans la thèse de Julie FERRERO. Néanmoins, il ne semble pas que l'on puisse y retrouver une référence explicite à la notion de terme générique dès lors que « l'évolutivité des instruments internationaux est acquise a priori, comme en témoigne le mantra les juridictions selon lequel ces traités sont des “instruments vivants” » : J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 540. L'auteur relève néanmoins que la CEDH a déjà expressément constaté que des « termes vagues » se prêtaient à l'interprétation évolutive » : voy. pour exemple CEDH, *Johnston et al. c. Irlande*, 12 décembre 1986, req. n°9697/82, § 57 et dans le même sens Juge F. MATSCHER, « Opinion partiellement dissidente » in CEDH, *Albert et Lecompte c. Belgique*, 10 février 1983, req. n°7299/75 et 7496/76§3 soulignant « [qu']une interprétation “évolutive” de la Convention [...] a bien sa place lorsque celle-ci emploie des termes généraux et indéfinis (par exemple “nécessaire [...] dans une société démocratique”) susceptibles d'une interprétation qui suit l'évolution des conceptions sociales dans les pays membres ».

⁷¹⁴ Convention de Paris (2004), art. 22.a et b.

application dans le temps⁷¹⁵. De plus, et suivant désormais le texte de la Convention tel qu'amendé en 2004, ces périodes successives d'application de cinq ans correspondent à celles aux termes desquelles les parties doivent se consulter à l'égard des problèmes posés par son application, voire pour examiner une éventuelle révision⁷¹⁶. Or l'inclusion de ces clauses d'examen périodique dans un traité tend généralement à montrer que ce dernier n'est pas un « texte figé », mais un « instrument vivant » que les parties « s'efforcent d'utiliser à la lumière de l'évolution scientifique et technique et des besoins changeants de la société internationale »⁷¹⁷. Certes, certains pourront ici voir un frein à toute interprétation évolutive en raison de la vocation de ces clauses à initier un amendement formel destiné à justement permettre ces adaptations⁷¹⁸. Mais outre que ces clauses n'ont jamais interdit qu'il soit procédé à des interprétations « à côté » du texte⁷¹⁹, il serait également possible d'y déceler une volonté des parties d'instaurer un régime « caractérisé par la pérennité », ce qui semble pour la Cour internationale de Justice être finalement l'élément fondamental de ces traités conclus pour « une très longue période ou “sans limite de durée” »⁷²⁰.

Parce que l'on pourra présumer que cette première condition est remplie, il s'agira de passer à l'étude de la seconde condition afférente à la qualité de « terme générique » du terme *réacteur*.

b. Le terme réacteur : un terme générique ?

182. Plan. Déterminer la mesure dans laquelle le terme réacteur constitue un terme générique impose de définir ce que recouvre le sens de la formule. Or, cette détermination doit faire l'objet d'une double opération, en raison de sa réception par la doctrine internationaliste. Avant même de rechercher si le terme réacteur obéirait à la définition commune d'un terme générique (ii.), il conviendra en effet de démontrer que cette notion n'est pas réservée aux termes génériques « juridiques » (i.).

i. Une notion englobant les termes techniques

183. Une notion abusivement circonscrite aux termes « juridiques connus ». Dans sa déclaration jointe à l'arrêt rendu par la CIJ en l'affaire *Ile de Kasikili/Sedudu*, la juge Higgins a semblé définir un terme générique comme « un terme juridique connu dont les parties s'attend[ent] à voir évoluer le sens avec la teneur du temps »⁷²¹. Cette position selon laquelle la notion de terme générique ne s'appliquerait qu'aux termes juridiques, parce que leur sens change lorsque le droit lui-même évolue, a été relativement partagée par la doctrine et justifiée par l'article 31.3c) de la Convention de Vienne

⁷¹⁵ Ainsi le texte dispose que « [l]a présente Convention est conclue pour une durée de dix ans à compter de la date de son entrée en vigueur. Toute Partie Contractante pourra mettre fin en ce qui la concerne à l'application de la présente Convention au terme de ce délai en donnant un préavis d'un an à cet effet au Secrétaire général de l'Organisation [...] La présente Convention restera par la suite en vigueur pour une période de cinq ans, vis-à-vis des Parties Contractantes qui n'auront pas mis fin à son application conformément au paragraphe a) du présent article et ultérieurement, par périodes successives de cinq ans, vis-à-vis des Parties Contractantes qui n'y auront pas mis fin au terme de l'une de ces périodes, en donnant un préavis d'un an à cet effet au Secrétaire général de l'Organisation ».

⁷¹⁶ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 22.c. et d. et comparez *Convention de Paris* (1982), art. 22.c. et voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, A.

⁷¹⁷ A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., p. 233 en référence à G. FISCHER, « La conférence d'examen de la Convention interdisant les armes bactériologiques ou à toxines », *AFDI*, vol. 26, 1980, p. 99.

⁷¹⁸ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, A.

⁷¹⁹ En témoigne les interprétations opérées du texte, notamment du terme réacteur, notamment répertoriées in OCDE/AEN, *Convention de Paris – Décisions, Recommandations, Interprétations*, op. cit.

⁷²⁰ CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, op. cit., p. 243, § 67.

⁷²¹ R. HIGGINS, « Déclaration » in CIJ, *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, 13 décembre 1999, *Rec CIJ*, p. 1113, § 2.

sur le droit des traités⁷²². Dans une certaine mesure, cela pourrait d'ailleurs être conforté par une grande partie des exemples que nous avons cités jusqu'alors, lesquels envisageaient cette question de l'évolutivité des termes d'un traité vis-à-vis des changements juridiques entourant sa signification⁷²³. Pourtant, l'interprétation évolutive est conceptuellement indépendante de l'article 31.3c. Ce dernier fournit un moyen interprétatif à la lumière du droit⁷²⁴, là où l'interprétation évolutive – telle qu'appréhendée ici – concerne l'interprétation à la lumière du sens évolutif à conférer à la norme⁷²⁵. Ainsi, le développement du droit international peut certainement apparaître comme un moteur de l'interprétation évolutive. Il peut permettre à l'interprète d'identifier et d'intégrer une évolution survenue depuis la conclusion du traité, de l'opposer aux États, et d'assurer ainsi une certaine cohérence du droit international dans le respect de leur volonté⁷²⁶. Il peut également revêtir une force probatoire « secondaire »⁷²⁷ lorsque les accords conclus postérieurement entre les parties, pris comme un élément du « contexte élargi », autorisent à vérifier que les parties avaient effectivement prévu que les termes du traité puissent évoluer dans le sens que propose l'interprète⁷²⁸. Mais parce que l'intention évolutive repose ici sur l'intention initiale des parties, elle se trouve enracinée par tous les moyens de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il apparaît alors que l'éventail des arguments pertinents pour déterminer l'évolution d'un terme sera beaucoup plus large que les « seules règles du droit international » mentionnées à l'article 31.3.c. Dit autrement, là où l'interprétation systémique de l'article 31.3.c autoriserait à ne prendre en considération que les évolutions du système normatif entourant l'application de la norme, l'interprétation évolutive engloberait autant les évolutions juridiques que les évolutions sociétales ou techniques des phénomènes que la norme serait appelée à régir et qui appellent ainsi une indexation de son contenu.

⁷²² Cette disposition permet en effet à l'interprète de prendre en considération « toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties » afin de mener à bien son opération. L'incontournable dimension temporelle de cet article a eu pour conséquence de le voir associé au mécanisme de l'interprétation évolutive, prisme à travers lequel il continue d'être invoqué *via* le principe de l'intégration systémique : voy. P. PALCHETTI, "Interpreting 'generic terms': between respect for the parties' original intention and the identification of the ordinary meaning", *op. cit.*, p. 94 ; CDI, « Comptes rendus analytiques de la dix-huitième session », *op. cit.*, p. 219, § 9 et J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, s.v. « interprétation évolutive ».

⁷²³ Voy. parmi les exemples précédemment cités : CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *op. cit.*, p. 31, § 53 : « la Cour doit tenir compte de ce que les notions consacrées par l'article 22 du Pacte – "les conditions particulièrement difficiles du monde moderne" et "le bien-être et le développement" des peuples intéressés - n'étaient pas statiques mais par définition évolutives et qu'il en allait de même par suite de la notion de "mission sacrée de civilisation" ». On doit donc admettre que les parties au Pacte les ont acceptées comme telles. C'est pourquoi, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume » et CIJ, *Affaire du Plateau Continental de la Mer Égée (Grèce c. Turquie)*, *op. cit.*, p. 32, § 77 : « une fois admis que l'expression "statut territorial de la Grèce" a été employée dans l'instrument d'adhésion grec comme une formule générique englobant toutes les questions qui relèvent de la notion de statut territorial en droit international général, il faut nécessairement présumer que son sens était censé évoluer avec le droit et revêtir à tout moment la signification que pourraient lui donner les règles en vigueur ». À ces exemples, on pourra également ajouter les mots de la Cour internationale de Justice quand elle considérait « [qu'] en insérant dans le traité ces dispositions évolutives, les parties ont reconnu la nécessité d'adapter éventuellement le projet. En conséquence, le traité n'est pas un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international » : CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, *op. cit.*, pp. 67-68, § 112. Dans cette affaire, le juge BEDJAOUI avait ajouté que « la base essentielle pour l'interprétation du traité demeure le "renvoi fixe" au droit international contemporain à sa conclusion. Le "renvoi mobile" au droit qui aura ultérieurement évolué ne peut être recommandé que dans des hypothèses exceptionnelles » : Opinion individuelle du Juge Mohammed BEDJAOUI, *op. cit.*, § 8.

⁷²⁴ L'article 31.3.c peut ainsi encore être invoqué dans les cas où l'interprétation évolutive fondée sur l'intention initiale des parties ne serait pas autorisée, c'est à dire lorsque le terme à interpréter n'aurait pas fait montre de son évolutivité.

⁷²⁵ S. T. HELMERSEN, "Evolutive treaty interpretation: legality, semantics and distinctions", *op. cit.*, pp. 147-148 ; T. GEORGOPOULOS, « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives [...] », *op. cit.*, p. 130.

⁷²⁶ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 204.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 205.

⁷²⁸ *Ibid.*; S.T. HELMERSON, "Evolutive treaty interpretation: legality, semantics and distinctions", *op. cit.*, pp. 147-148.

184. L'évolutivité confirmée des termes techniques. Cette ouverture de l'interprétation évolutive paraît d'ailleurs relativement acceptée en droit international, en dépit de distinctions opérées à cet endroit⁷²⁹. En effet, au-delà de la pratique des juridictions de droits de l'homme qui ne pourrait certainement pas l'infirmier raison faite de la spécificité de son objet, elle ne semble contredite ni par d'autres juridictions internationales ni par la doctrine la plus autorisée. En effet, alors que l'on pourrait douter du caractère juridique connu, sinon du terme « commerce »⁷³⁰, à tout le moins du terme « enregistrement sonore »⁷³¹, il est très tôt apparu dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale que les évolutions sociétales peuvent véritablement influencer sur le sens des termes conventionnels, quand bien même il ne serait pas des termes juridiques connus⁷³². Cela ressort davantage des mots de la Cour internationale de Justice lorsqu'elle dispose que

« [qu']il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut être présumée avoir été, de conférer aux termes employés — ou à certains d'entre eux — un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte *notamment* de l'évolution du droit international »⁷³³.

À l'instar de l'Institut de Droit international⁷³⁴, la Commission du droit international ne semble également pas adhérer à cette circonscription de l'évolutivité aux termes juridiques. S'intéressant à la définition des notions « évolutives ou ouvertes » dans le cadre de ses travaux consacrés à la fragmentation du droit international, elle y a effectivement englobé les notions qui sont « de celles exprimées en des termes tellement généraux qu'elle doit tenir compte d'un changement de circonstances » et surtout « *celles qui obligent à tenir compte des évolutions techniques, économiques ou juridiques ultérieures* »⁷³⁵.

Dès lors, si la présomption de l'évolutivité d'un texte repose sur l'idée que les parties, utilisant un terme générique dans un traité, doivent être conscientes que ce terme peut effectivement évoluer au fil du temps, pareille présomption ne devrait pas intervenir pour les seuls termes juridiques, si tant est que l'on puisse, en sus, en circonscrire la notion⁷³⁶. Le point central d'une telle opération doit résider dans le seul constat que le terme est suffisamment générique pour que sa signification change, lorsque les circonstances, aussi bien légales que factuelles qui l'entourent, évoluent. Il s'agit là de ce

⁷²⁹ On pensera notamment à la distinction qu'on lui connaît avec la doctrine du droit vivant comme vu *supra* note 679.

⁷³⁰ CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *op. cit.*, p. 243, § 67.

⁷³¹ OA, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certains produits de divertissement audiovisuels*, *op. cit.*, p. 189, § 396.

⁷³² CPJI, *Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, avis consultatif, 15 novembre 1932, série A/B n° 50, pp. 377-378.

⁷³³ CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *op. cit.*, p. 242, § 64. Nous soulignons.

⁷³⁴ IDI, *Résolution de l'Institut de droit international de Wiesbaden du 11 août 1975*, AIDI, 1975, vol. 56, p. 536, § 4 : « lorsqu'une disposition conventionnelle se réfère à une notion juridique ou autre sans la définir, il convient de recourir aux méthodes habituelles d'interprétation pour déterminer si cette notion doit être comprise dans son acception au moment de l'établissement de la disposition ou dans son acception au moment de l'application ». Nous soulignons.

⁷³⁵ CDI, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit internationale », ACIDI, vol. II (2), 2006, p. 435, § 23. Voy. également CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 51 relevant que l'interprétation évolutive concerne l'interprétation du texte à la lumière « *des circonstances* ou du droit existant au moment où il est appliqué ».

⁷³⁶ Voy. P. PALCHETTI, « Interpreting 'generic terms': between respect for the parties' original intention and the identification of the ordinary meaning », *op. cit.*, p. 95.

que Shabtai ROSENNE visait sous l'idée « [d']*intertemporal linguistic* »⁷³⁷. Somme toute, si les changements dans le langage conventionnel sont donc également pertinents et peuvent donner lieu à la même présomption, il faut cependant rechercher ce que constitue un terme suffisamment générique. Or, c'est justement à cet endroit que le caractère « technique » du terme peut constituer un obstacle.

ii. Une notion impliquant un référent présumé altérable

185. La compréhension de la notion « terme générique ». S'il vient d'être démontré qu'un terme générique ou évolutif pouvait constituer une de ces notions « qui obligent à tenir compte des évolutions techniques », un tel constat n'est malheureusement pas suffisant à caractériser le terme *réacteur* employé dans la Convention de Paris comme un terme générique, condition de son évolutivité. La Cour internationale de Justice ne fournit aucune définition stricte de la notion. Elle se limite à donner quelques éléments, qui constituent cependant une base palpable pour la réflexion : un « terme, qui se réfère à une catégorie de [quelque chose] »⁷³⁸. Cette appréhension rejoint en effet la définition courante que l'on pourrait en trouver ; celle d'un terme revêtant un sens suffisamment général pour englober toute une catégorie dont les éléments reçoivent une dénomination spécifique.

Dans la même optique, Ulf LINDERFALK définit en effet un terme générique comme « *one that does not refer to a certain phenomenon or group of phenomena, but to the class of certain phenomena* », dont le référent, non défini, est présumé altérable⁷³⁹. L'exemple qu'il utilise à cet égard, concernant le *Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique y compris la Lune et les autres corps célestes* de 1967, est d'ailleurs des plus pertinents. L'article IV de ce texte impose aux États de ne pas mettre sur orbite autour de la Terre, ou d'installer sur des corps célestes ou de toute autre manière dans l'espace extra-atmosphérique, des objets porteurs « d'armes nucléaires ou de tout autre type d'armes de destruction massive ». Cette expression ne fait pas référence à un groupe spécifique d'armes de destruction massive. Elle fait référence à une catégorie et doit être considérée comme une *expression générique* dont le référent se situe hors du temps. Il est en effet peu pertinent de se demander quel jour, quel mois ou quelle année ces armes ne doivent pas être installées. D'une part, les parties pourraient avoir présumé qu'au cours de la longue vie du texte, les armes en cause resteront inchangées. Elles existeront toujours et aucune nouvelle technologie dans le domaine ne sera créée. Or cette explication est, sinon peu réaliste, du moins peu raisonnable. D'autre part, les parties pourraient avoir présumé que ces armes évolueront et que de nouvelles armes seront créées. Dans le premier cas, il faudrait donc se référer aux armes de destruction massive comme

⁷³⁷ Voy. IDI, « Le problème du droit intertemporel en droit international », *op. cit.*, p. 14 : « M. Rosenne a introduit le terme *intertemporal linguistics*. Ce terme inspire les observations suivantes. Aux yeux du rapporteur, il s'agit dans toutes les hypothèses de déterminer le sens des mots. Un traité peut utiliser des mots qui correspondent à des notions juridiques relevant soit du droit international, soit du droit national. Il peut utiliser également des mots qui correspondent à des notions relevant d'autres domaines des connaissances humaines, et il peut utiliser des mots dont le sens ressort tout simplement de l'usage courant. Quelle que soit la catégorie à laquelle appartient un terme particulier, sa signification peut changer au cours du temps. C'est une question d'interprétation de savoir si le terme doit être entendu dans son acception au moment de la conclusion du traité ou dans la signification qu'il a obtenue au cours d'une évolution ultérieure ». Nous soulignons.

⁷³⁸ CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *op. cit.*, p. 243, § 67.

⁷³⁹ U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties*, *op. cit.*, p. 78. Dans le même sens voy. S.T., HELMERSEN, "Evolutive treaty interpretation: legality, semantics and distinctions", *op. cit.*, p. 140.

une catégorie connue au moment de la conclusion du traité. Dans le second cas, le référent est, en revanche, *indéfini* : ces armes seront ce qu'il est connu comme tel à un moment donné⁷⁴⁰. L'expression constitue alors un terme générique dont le référent est présumé « altérable » : une altération qui peut se trouver d'autant plus fréquemment dans le domaine scientifique soumis à une évolution permanente.

186. L'application ambivalente au terme *réacteur*. Dans l'application de l'ensemble de ce raisonnement au terme *réacteur*, il convient de se tourner vers les définitions données à ce terme⁷⁴¹. Dans son sens le plus neutre, le terme *réacteur* est un terme générique technique, qui renvoie à une enceinte quelconque dans laquelle s'opèrent des transformations de matière. Ainsi le *Robert* le définit comme « un dispositif dans lequel est réalisée une réaction chimique » quand le *Larousse* envisage explicitement qu'il s'agit du « *nom générique* des appareils dans lesquels s'effectue une réaction chimique ». Certes, l'on pourrait alors supposer que son utilisation dans le domaine du nucléaire l'a fortement contextualisé et qu'il en aurait perdu cette qualité pour n'être plus que quasi systématiquement associé aux réactions de fission nucléaire. Il faut pourtant se défier des apparences. Le terme *réacteur* est usité tant au sein des travaux de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire⁷⁴² qu'au sein de la doctrine juridique ou scientifique⁷⁴³. Il apparaît également au sein de certains textes officiels, notamment l'Accord ITER⁷⁴⁴. Les installations de fusion étant ainsi fréquemment visées tant sous le vocable de « réacteur » que « réacteur *de fusion* », cette utilisation nous semble ainsi confirmer le caractère altérable de son référentiel. Même dans le sens commun, son sens s'est élargi compte tenu de ce caractère générique. Le *Robert* définit ainsi le *réacteur [nucléaire]* comme un « dispositif dans lequel se produisent et s'entretiennent des réactions nucléaires ». Quant au dictionnaire de l'Académie française, il le définit comme une « enceinte à l'intérieur de laquelle est provoquée et entretenue une réaction nucléaire de fission produisant de l'énergie [et] *par extension : dans lequel l'énergie est produite grâce à la fusion des particules d'un plasma* ». Enfin, le *Larousse* définit un réacteur nucléaire comme « appareil dans lequel il est possible de produire et de diriger une réaction nucléaire de fission *ou de fusion* ».

À ce stade, nous pourrions être en mesure de *présumer* qu'en utilisant un tel terme scientifique, les parties n'avaient pas l'intention de fixer son sens et ainsi de fonder potentiellement leurs obligations futures sur des concepts scientifiques dépassés ou falsifiés. Pour autant, et particulièrement lorsque

⁷⁴⁰ U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties*, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁴¹ Le recours au dictionnaire est très fréquent lorsqu'il s'agit de déterminer le ou les sens ordinaires d'un terme : voy. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 431 ou encore D. ALLAND, « L'interprétation en droit international public », *op. cit.*, p. 145.

⁷⁴² Voy. AEN, « Extension of the technical scope of the Paris and Vienna Convention: Fusion Reactors », *op. cit.* ; AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », *op. cit.* Nous soulignons le terme.

⁷⁴³ Voy. pour des auteurs utilisant le terme sans difficulté G. LAVAL (dir.), *La fusion nucléaire : de la recherche fondamentale à la production d'énergie*, *op. cit.* ; W.E. FORK, C. H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.* ; M. ZUCHETTI, L. SUGIYAMA, « Advanced Fuel Cycles for Fusion Reactors : Passive safety and Zero-Waste Option », *Journal of Physics : Conferences Series*, vol. 41, 2006, pp. 497 et ss ; L. GRAMMATICO-VIDAL, « Le réacteur expérimental thermonucléaire international ITER : quel droit applicable pour cet exploitant nucléaire de niveau international ? », *BDN*, vol. 84, 2009/2 ou encore du même auteur « Quand la science se heurte au droit : responsabilité civile nucléaire et installation de fusion », *op. cit.*, p. 229.

⁷⁴⁴ Voy. *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER*, signé à Paris le 21 novembre 2006, entrée en vigueur le 24 octobre 2007, *RTNU*, vol. 2491, p. 207, art. 4 ou encore *Décret n° 2012-1248 du 9 novembre 2012 autorisant l'Organisation internationale ITER à créer une installation nucléaire de base dénommée « ITER » sur la commune de Saint-Paul-lez-Durance (Bouches-du-Rhône)*, *JORF*, n°262, 10 novembre 2012, texte n°14, art. 1.

sont concernés des traités qui visent à encadrer une matière technique ou scientifique, la simple utilisation d'un terme générique n'est pas toujours suffisante, sinon à déterminer une intention évolutive des parties, à tout le moins à en assoir la présomption (puisqu'il s'agit bien souvent d'une interprétation présumée de la volonté des parties). Dans ces situations, le tempérament formulé par la Convention de Vienne sur le droit des traités, en vertu duquel l'interprète est invité à entendre un terme « dans un sens particulier si telle était l'intention des parties », trouve un écho tout à fait particulier⁷⁴⁵. Un terme technique peut en effet plus aisément revêtir un sens spécifique. Faisant obstacle à toute évolutivité du terme, ce sens oblige à approfondir l'étude de l'intention des parties. Dans ce cas, la spécificité du terme peut en effet inviter à partir d'une présomption inversée visant à considérer que l'interprétation doit être contemporaine à l'adoption du traité⁷⁴⁶. Pour ce faire, il faut donc sinon chercher le sens concret que les rédacteurs du traité entendaient conférer au terme ou, à tout le moins, rechercher si ceux-ci entendaient le faire évoluer et/ou si cette évolution est possible. Dit autrement, il faut replacer le terme dans son contexte⁷⁴⁷, car c'est ce dernier qui, sans servir nécessairement de fondement à la réinterprétation, peut constituer l'indicateur de l'extrême limite de ce qui peut être admis comme le sens juridique de la disposition à interpréter. Il s'agit de ce que Robert KOLB désigne comme le sens « compatible avec le texte »⁷⁴⁸, et ce que nous désignons comme indicateur extrinsèque de l'évolutivité du terme *réacteur*.

B. L'évolutivité extrinsèque du terme *réacteur*

187. « Pas de texte sans contexte, pas de norme sans contexte »⁷⁴⁹. Dans la formulation de la règle générale d'interprétation, le contexte constitue le second guide textuel de l'interprète, voire pour certain le « seul absolument nécessaire »⁷⁵⁰. Qualifiant du sens ordinaire des termes et révélateur de « l'intelligence du texte », le contexte est dépendant du texte et réciproquement⁷⁵¹. Parce ce qu'il est impossible de déterminer la signification d'un terme « sur la base de quelques phrases détachées de leur milieu, et qui séparées de leur contexte, peuvent être interprétées de plusieurs manières »⁷⁵², l'association du texte et du contexte est souvent considérée comme un « principe

⁷⁴⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31.4, et sur ce sens spécial M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, pp. 27 et ss ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 437 et ss.

⁷⁴⁶ Voy. E. BJORG, *The evolutionary interpretation of treaties*, *op. cit.*, pp. 125 et ss ; S.T., HELMERSEN, "Evolutive treaty interpretation: legality, semantics and distinctions", *op. cit.*, pp. 135 et ss ; G. NOLTE, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013, p. 186 et pour exemple CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria ; Guinée équatoriale intervenant)*, 10 octobre 2002, *Rec. CIJ*, p. 346, § 59.

⁷⁴⁷ Voy. P. PALCHETTI, "Interpreting 'generic terms': between respect for the parties' original intention and the identification of the ordinary meaning", *op. cit.*, pp. 98 et ss ; U. LINDERFALK, "Doing the Right Thing for the Right Reason – Why Dynamic or Static Approaches should be Taken in the Interpretation of Treaties", *International Community Law Review*, vol. 10, 2008, p. 111.

⁷⁴⁸ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 443 et pour exemple d'une application du sens compatible avec le texte CPJI, *Interprétation du Statut du territoire de Memel*, 11 août 1932, série A/B, n°49, p. 335

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 457 : « pas de texte sans contexte, pas de norme sans contexte (environnement normatif). Ainsi compris, le contexte est omniprésent et indispensable. C'est peut-être le seul élément absolument nécessaire de l'interprétation, car il se rattache à la structure de l'expression humaine. (...) Sans contexte, pas de compréhension et sans compréhension pas d'interprétation ».

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 456 ; R. GARDINER, *Treaty interpretation*, *op. cit.*, p. 178

⁷⁵² CPJI, *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, avis consultatif, 12 août 1922, Série B, n° 2, p. 22.

fondamental d'interprétation »⁷⁵³ et comme l'exigence « d'une interprétation située et concrète »⁷⁵⁴. Omniprésent et indispensable, le contexte n'en est pas moins difficile à appréhender. La compréhension de ce que recouvre le contexte reste en effet relativement délicate dès lors que la notion ne présente pas de frontière strictement définie⁷⁵⁵.

188. Le(s) contexte(s) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 31 de la Convention de Vienne appréhende le contexte de manière relativement restrictive, tout en le laissant relativement englobant. L'article définit en effet le contexte comme comprenant *inter alia* le texte dans sa globalité, c'est-à-dire comme englobant le préambule, le dispositif et d'éventuelles annexes (contexte *stricto sensu*). Parce qu'ils se rapportent directement au traité, l'article lui ajoute « tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité » ainsi que « tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité »⁷⁵⁶. En sus de ce contexte interne ou *lato sensu*⁷⁵⁷, voire *latior sensu* lorsqu'il est envisagé plus largement⁷⁵⁸, l'article 31 invite enfin à prendre en considération un contexte externe ou encore *latissimo sensu*⁷⁵⁹ composé d'éléments qui peuvent aider à la compréhension du texte par « un mécanisme de transtextualité »⁷⁶⁰. Ce quasi-contexte se compose alors de « tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet du traité ou l'application de ses dispositions », de « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité », et enfin de « toutes règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties »⁷⁶¹.

Au-delà de ces classifications aux frontières parfois poreuses et artificielles⁷⁶², il faut donc comprendre que le contexte forme un grand espace à l'intérieur duquel pourront intervenir des arguments d'analogie ou d'*a contrario*, et qui postule que son tout constitue un « tout cohérent » dont la cohérence même peut être source de compréhension⁷⁶³. Pourtant, des difficultés peuvent surgir lorsque plusieurs contextes se trouvent être simultanément pertinents, mais conduisent à des résultats différents. Dans

⁷⁵³ Voy. CPJI, *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif, 16 mai 1925, Série B, no II, p. 39 ; CIJ, *Admission d'un État comme Membre des Nations Unies*, avis consultatif, 3 mars 1950, *Rec. CIJ*, p. 8 ou encore *Différend relatif à l'interprétation et l'application des dispositions de l'article 78, paragraphe 7 du Traité de Paris au territoire éthiopien*, sentence du 16 mars 1956, *RSA*, vol. XIII, p. 643, § 2.

⁷⁵⁴ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 456.

⁷⁵⁵ Voy. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2002, p. 397.

⁷⁵⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31.2

⁷⁵⁷ Pour certains auteurs, ces éléments appartiendraient au contexte *stricto sensu*, quand d'autres le classent dans le contexte *lato sensu* ou même encore *latior sensu*. Pour Robert KOLB, *Interprétation et création du droit international*, p. 463, les instruments visés par l'article 31.2 seraient intégrés au contexte *stricto sensu* quand le contexte *latior sensu* inclurait tout élément qui bien que ne constituant pas nécessairement un « accord » ou un instrument au sens de l'article 31.2 est lié au traité à interpréter ou à son processus de conclusion. Cela serait plus largement tout « élément extrinsèque » qui est utilisé pour jeter la lumière sur la clause à interpréter sans considération formaliste et sans pour autant se confondre avec le contexte visé à l'article 31.3 vu ci-après (p. 467). Dans le même sens voy. M. WEIBEL, "Demystifying the Art of Interpretation", *EJIL*, vol. 22, 2011/2, p. 577. Pour d'autres, s'inspirant de cette classification, le contexte *stricto sensu* viserait les termes dans la phrase objet de la proposition normative, le contexte *lato sensu* viserait l'ensemble du traité et le contexte *latior sensu* relèverait des éléments étrangers au texte du traité mais liés à ce dernier : voy. J.J. CAICEDO DEMOULIN, « Jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *RQDI*, vol. 22-2, 2009, p. 184.

⁷⁵⁸ Voy. note ci-dessus.

⁷⁵⁹ Voy. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 467 et ss.

⁷⁶⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau-?*, *op. cit.*, pp. 400-401.

⁷⁶¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31.3

⁷⁶² Voy. ci-dessus note 757 et les développements *infra*.

⁷⁶³ Voy. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 457.

ce cas, l'interprète doit faire un choix et faire prévaloir un contexte au détriment d'un autre, selon l'orientation qu'il souhaite donner à l'interprétation. Tel sera éventuellement le choix auquel sera confronté celui qui chercherait à intégrer le risque nucléaire de fusion dans la Convention de Paris.

189. Plan. Suivant l'idée selon laquelle le contexte serait présenté sous forme de « cercles concentriques auxquels l'interprète se réfère progressivement en fonction du degré de difficulté éprouvé »⁷⁶⁴, il s'agira ainsi d'envisager la mesure dans laquelle le contexte interne, *stricto sensu* et *lato sensu* (1.) puis le contexte externe ou *latissimo sensu* (2.) de la Convention de Paris pourrait autoriser une interprétation évolutive du terme réacteur par le passage d'un sens concret ou effectif vers un sens potentiel et évolué.

1. L'évolutivité du terme réacteur au regard de son contexte interne

190. Plan. La nécessité d'interpréter les normes conventionnelles dans leur contexte interne, et surtout *stricto sensu*, fait l'objet d'une reconnaissance unanime, et se trouve tenue, de longue date, comme un « critère définitif »⁷⁶⁵ de l'opération interprétative. Pour cela, c'est par l'étude du contexte *stricto sensu* de la Convention de Paris que devra être initiée l'étude du contexte (a.). Ensuite, et parce que suivant cette première entreprise, on ne saura encore être convaincu, il s'agira d'élargir les cercles concentriques aux accords et autres instruments contemporains à la conclusion du traité et susceptibles d'être inclus dans ce contexte interne (b.).

a. L'ambivalence du contexte *stricto sensu*

191. Plan. Au sein du contexte *stricto sensu* du terme réacteur, il s'agira d'abord de s'intéresser au dispositif de la Convention de Paris (i.) ainsi qu'à son préambule (ii.).

i. L'ambiguïté du dispositif de la Convention de Paris

192. Le contexte immédiat du terme réacteur. Des mots de Charles DE VISSCHER, « le premier point que soulève l'interprétation par le contexte est de savoir quelles sont au juste les dispositions qu'il convient d'envisager comme formant un seul tout à la fois individualisé et indissoluble »⁷⁶⁶. Partant, le premier élément à étudier est l'article au sein duquel se trouve la disposition à interpréter, autrement appelé le « contexte immédiat »⁷⁶⁷. Or, sur le fondement de ce contexte immédiat et la maxime *noscitur a sociis*⁷⁶⁸, d'aucuns considèrent que le terme *réacteur* énuméré dans la définition conventionnelle de l'*installation nucléaire* ne peut être considéré comme visant les réacteurs de fusion.

⁷⁶⁴ J. DEHAUSSY, M. SALEM, « Les traités. Interprétation » in B. GOLDMAN (dir.), *Principes, règles et méthodes applicables à l'interprétation*, JCL Droit international, fasc. 12-6, 1995, p. 19.

⁷⁶⁵ CPJL, *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, op. cit., p. 34.

⁷⁶⁶ C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 59

⁷⁶⁷ C'est-à-dire créé par les termes d'un même alinéa ou d'alinéas différents d'un même article comme envisagé comme « un tout » : voy. OA, *États-Unis - Mesures visant les crevettes en provenance de Thaïlande* (AB-2008-3) et *États-Unis - Directive sur les cautionnements en douane pour les marchandises assujetties à des droits antidumping/compensateurs* (AB-2008-4), WT/DS343/AB/R, WT/DS345/AB/R, rapport du 16 juillet 2008, § 221 ; CEDH, *Ciulla c/ Italie*, 22 février 1989, req. n° 11152/84, § 38 ; TIDM, *Affaire du navire « Saïga » (1) (St-Vincent-et-les-Grenadines c/ Guinée)*, 4 décembre 1997, Rec. TIDM, p. 27, § 49 ; CPJL, *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif, 16 mai 1925, Série B, n° 11, p. 38 ; CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, avis consultatif, 20 juillet 1962, Rec. CIJ, p. 159 ; CIJ, *Plates-formes pétrolières (Iran c/ États-Unis)*, 12 décembre 1996, Rec. CIJ, p. 816, § 35.

⁷⁶⁸ Le principe *noscitur a sociis* est une règle d'interprétation qui énonce que le sens d'une expression ambiguë faisant partie d'une énumération peut être déterminé par association avec les autres mots énumérés.

Pour ces derniers, l'article 1.a.ii du texte ne listant que des installations contenant des *substances nucléaires*, des *combustibles nucléaires* ou des *produits ou déchets radioactifs*, l'application de cette règle d'interprétation étayerait la conclusion selon laquelle les installations prises en compte dans la définition doivent être qualifiées par le fait qu'elles contiennent de telles matières⁷⁶⁹. Il est vrai que si la dangerosité de ces matières doit illustrer « l'économie générale du traité »⁷⁷⁰, il est difficile de contrer cet argument, et ce d'autant plus que la disposition en question dispose que le Comité de Direction pourra y inclure « toute autre installation dans laquelle des combustibles nucléaires ou des produits ou des déchets radioactifs sont détenus »⁷⁷¹. Cependant, cette possibilité laissée au Comité de Direction d'étendre le champ d'application du régime, et qui se trouvait déjà dans le texte de 1964, peut également montrer la volonté des rédacteurs ne pas en figer le contenu compte tenu des évolutions que le domaine pourrait connaître.

Cela peut d'ailleurs être confirmé par la lecture de l'ensemble du dispositif, qui en instituant un régime destiné à réceptionner les dommages résultant de l'utilisation de ces matières, doit se lire comme un « tout dont on ne saurait dissocier les diverses dispositions »⁷⁷².

193. L'ensemble du dispositif de la Convention de Paris. Au-delà de cette seule partie de l'article 1, le texte de la Convention de Paris montre une certaine ambiguïté. Assurément, la référence prégnante aux opérations de fission nucléaire, qui se déduit des définitions des termes clefs de la Convention, confirme la réserve exprimée ci-dessus. Ainsi, même lorsque les rédacteurs de la Convention ont conféré au Comité de Direction le pouvoir d'élargir la définition de *combustibles nucléaires*, pierre angulaire du champ d'application du texte⁷⁷³, ce sont les matières « fissiles » qui devaient être visées⁷⁷⁴. On ne saurait toutefois ignorer certaines références susceptibles d'entretenir le doute sur l'exclusivité de l'application du texte aux activités de fission dans son économie générale (cela étant bien établi pour sa rédaction formelle). Il y a, en effet, cette référence faite « à toute source de rayonnement ionisant se trouvant à l'intérieur d'une installation nucléaire » dans la définition du *dommage nucléaire* qui paraît ainsi élargir, quoique dans une moindre mesure, le champ d'application *ratione materiae* du texte. Or, la définition du *dommage nucléaire* n'est pas sans importance : le dommage subi est l'une des *ratio legis* du régime institué. Dès lors, si l'on peut considérer que l'économie générale du traité serait d'organiser la réparation des dommages causés par la radioactivité — à condition qu'elle présente une certaine dangerosité⁷⁷⁵ — l'étude du texte en tant que tel n'est pas suffisante à trancher à l'encontre de l'intention évolutive des parties. À tout le moins, c'est que pourra confirmer l'étude de son préambule.

⁷⁶⁹ Voy. W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 56, note 65.

⁷⁷⁰ Voy. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 460 pour qui l'argument du contexte renverrait à un argument reposant sur « l'économie générale du traité ».

⁷⁷¹ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ii.

⁷⁷² CPJI, *Affaire des prises d'eaux à la Meuse*, 28 juin 1937, série A/B n° 70, p. 21 et dans le même sens CPJI, *Droit des minorités en Haute-Silésie*, 26 avril 1928, Série A, n°15, pp. 43-44 ; CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis du 21 juin 1971*, *op. cit.*, pp. 52-53 § 113 ; CIJ, *Certaines dépenses des Nations-Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif, 20 juillet 1962, *Rec. CIJ*, pp. 167-168 ; *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*, sentence arbitrale du 17 juillet 1986, *op. cit.*, pp. 244 et 245, § 34 ; OA, *Argentine – Mesures affectant l'importation de marchandises*, rapport du 15 janvier 2015, WT/DS438/AB/R ; WT/DS444/AB/R ; WT/DS445/AB/R, p. 125, § 5.220 ; CEDH, *Golder c/ Royaume-Uni*, 21 février 1975, req. n°4451/70, § 33.

⁷⁷³ Voy. Chapitre préliminaire, Section 1, § 1.

⁷⁷⁴ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.iii.

⁷⁷⁵ Au risque de subir l'exclusion par le Comité de Direction : voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.b. et *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

ii. La potentialité du Préambule

194. Un élément interprétatif fort de l'intention des Parties *in abstracto*. Parce que le texte brut de la Convention de Paris ne paraît pas suffisant à conclure sur le bien-fondé d'une réinterprétation du terme *réacteur*, le Préambule révèle ici une valeur considérable. En effet, bien que la question des effets juridiques des préambules aux conventions internationales ait pu faire l'objet de nombreuses controverses, il est désormais admis que « la présomption très forte en faveur de tout argument tiré du préambule d'un traité [...] servira de guide important pour l'interprétation du traité entier »⁷⁷⁶. Bien souvent constitué d'un ensemble de considérants de principe attestant de l'engagement et de la motivation des États parties énonçant les buts et objectifs qu'ils se sont fixés, le préambule constitue un guide permettant de préciser l'objet et le but du traité comme élément d'interprétation contextuel de l'intention des parties (mais également téléologique comme nous le verrons *infra*). En effet, comme le souligne Julie FERRERO,

« [s]i l'intention des parties annoncée à titre préliminaire emporte avec elle des adaptations du texte dans le temps, des objectifs réalisables sur le long terme uniquement, ou une exigence de développement par exemple, le contexte du traité, par le biais de son préambule, favorisera l'adoption d'une interprétation évolutive »⁷⁷⁷.

C'est ainsi que dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, le Préambule de l'Accord sur l'OMC mentionnant un objectif de développement durable a permis à l'organe d'appel de justifier son interprétation évolutive dans la reconnaissance par la communauté internationale de la nécessité de protéger les ressources naturelles ; terme qu'il considérait alors « par définition évolutif »⁷⁷⁸.

195. La traduction d'une intention évolutive des Parties *in concreto* ? Le Préambule de la Convention de Paris pourrait traduire cette intention évolutive. En affirmant le désir des États « d'assurer une réparation adéquate et équitable aux personnes victimes de dommages causés par des accidents nucléaires » et en confirmant leur volonté explicite de prendre « les mesures nécessaires pour éviter d'entraver le développement de la production et des utilisations de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques », le Préambule exprime une déclaration d'intention. Formulée comme un objectif général, cette déclaration implique le développement progressif de l'énergie nucléaire sur le territoire des États membres, lequel pourrait tout aussi bien inclure le développement de la fusion nucléaire. Parce qu'il affirme en sus que le but de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire est « de promouvoir l'élaboration et l'harmonisation des législations intéressant l'énergie nucléaire », l'expression effective

⁷⁷⁶ L. EHRLICH, *L'interprétation des traités*, RCADI, vol. 24, 1928, IV, pp. 100 et ss et dans le même sens P. YOU, *Le préambule des traités internationaux*, Thèse, Université de Genève, 1941, pp. 13 et ss ou encore *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, sentence arbitrale du 22 février 1977, RSA, vol. XXI, p. 89, § 19 : « [a]lthough Preambles to treaties do not usually — nor are they intended to — contain provisions or dispositions of substance — (in short they are not operative clauses) — it is nevertheless generally accepted that they may be relevant and important as guides to the manner in which the Treaty should be interpreted ». Voy. également CPJI, *Compétence de l'OIT pour la réglementation du travail dans l'agriculture*, avis du 12 août 1922, *op. cit.*, p. 24 ; CPJI, *Compétence de l'OIT pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron*, avis consultatif, 3 juillet 1926, Série B, n° 13, pp. 14-15 ; CPJI, *Droit des minorités en Haute-Silésie*, *op. cit.*, p. 27 ; CPJI, *Zones Franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, 7 juin 1932, Série A/B, n° 46, p. 138 ; CIJ, *Droits des ressortissants américains au Maroc (France c. États-Unis)*, 27 août 1952, Rec. CIJ, p. 175 ; OA, CE – *Hormones*, rapport du 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, p. 77, § 172 ; CEDH, *Golder c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 34.

⁷⁷⁷ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁷⁸ OA, *États-Unis – Prohibition de l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, Rapport du 12 octobre 1998, pp. 51-54, §§ 129-131.

de cette balance d'intérêt entre le souhait de veiller à ce que la réparation des dommages subis par les individus demeure garantie et le souhait de ne pas entraver le développement du nucléaire marque les liens étroits entretenus entre le Préambule et l'objet et le but de la Convention.

Il est d'ailleurs important de souligner que le Préambule de la Convention de Paris n'a pas toujours été rédigé dans les termes qu'on lui connaît aujourd'hui. Dans la version de 1964, le dernier paragraphe du préambule du texte disposait que les États avaient « la possibilité de prendre, sur le plan national, les mesures complémentaires qu'ils estimeraient nécessaires et éventuellement d'étendre les dispositions de la présente Convention aux dommages résultant d'autres accidents nucléaires que ceux qu'elle couvre »⁷⁷⁹. Alors certes, le fait que cette disposition ait finalement été raccourcie en 1982 et que le texte énonce depuis que les « pays » ont « la possibilité de prendre, sur le plan national, les mesures complémentaires qu'ils estimeraient nécessaires », pourrait témoigner d'une prise de conscience de la trop grande incitation créée par la version initiale. La porte restant ouverte aux États de renforcer la mise en œuvre du régime par les mesures qu'ils estiment nécessaires, le Préambule peut également apparaître comme un gage de leur volonté de garantir un régime le plus efficace possible. Cela ne semble d'ailleurs pas être totalement contredit par les derniers éléments à prendre en considération dans ce contexte interne, si tant est que l'on parvienne à en distinguer les frontières.

b. L'ambivalence du contexte lato (- latior) sensu

196. La détermination du contexte interne ou *lato sensu* de la Convention de Paris. Comme nous l'avons évoqué *supra*, les termes de l'article 31.2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités renvoient à un contexte entendu au sens large, comme invitant l'interprète à se référer à des accords ou des instruments situés hors du texte principal, à condition que cet instrument ou accord ait un « rapport » avec le traité et qu'il lui soit contemporain, c'est-à-dire intervenu à « l'occasion de sa conclusion ». Le problème étant qu'il est parfois délicat de déterminer les éléments qui relèvent de ce contexte interne, par comparaison à ceux qui relèvent du contexte externe du traité. La Convention de Paris a en effet fait l'objet de plusieurs protocoles d'amendement. Il est donc difficile de déterminer les textes que l'on pourrait considérer comme contemporains à sa conclusion suivant que l'on se positionne sur une interprétation de la Convention originelle de 1960 ou sur une interprétation du texte de 2004, et ce dès lors que ces derniers doivent être lus comme un instrument unique. Plus encore, si l'article 31.2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités fait référence à tout accord ou instrument établi par une ou plusieurs parties et intervenu à l'occasion de la conclusion du traité, *quid* des instruments qui auraient été adoptés par des organes susceptibles de représenter les parties à l'occasion de sa conclusion ? En raison de ces incertitudes, il doit, d'une part, être admis que le texte soumis à interprétation est la Convention de Paris lue dans sa version de 2004. D'autre part, il doit être souligné que nous nous autoriserons à nous « départi[r] de la notion de contexte au sens strict, tel

⁷⁷⁹ *Convention de Paris* (1964), *RTNU.*, vol. 956, p. 253.

que contenu dans la Convention de Vienne sur le droit des traités »⁷⁸⁰. Il s'agira ainsi davantage de rechercher les éléments qui en traduisent l'état d'esprit⁷⁸¹. Dès lors, si la simultanéité de conclusion des deux textes ne paraît déjà pas indispensable⁷⁸², c'est que les éléments pris en considération devront être analysés en raison du « lien d'ordre matériel ou simplement de dépendance logique »⁷⁸³ qu'ils entretiennent avec le traité interprété :

« peu importe que cet élément ait une certaine qualité, par exemple celle de révéler un accord entre les parties contractantes [...] une notion aussi large [...] permet de prendre en compte tous les éléments qui, de fait, interviennent dans le processus d'interprétation, sans être arrêté par des considérations formalistes »⁷⁸⁴.

197. Les divergences du contexte *latior sensu* de la Convention de Paris. Quelques éléments pourraient donc être ici pris en considération dans ce contexte *lato sensu* ou *latior sensu*. Tel pourrait être le cas de l'interprétation de 1967 opérée par le Comité de Direction, qui, en raison de son caractère authentique⁷⁸⁵ peut être réputée comme intégrée à la Convention de Paris de 2004, et ce bien qu'étant antérieure à celle-ci et postérieure à la conclusion de la Convention de 1960⁷⁸⁶. Il n'y aurait pas grand-chose à dire de nouveau la concernant si ce n'est que sa lecture limite *a priori* toute réinterprétation puisqu'elle devait inscrire le sens du terme réacteur comme visant les réacteurs de fission⁷⁸⁷. Tel pourrait ensuite être le cas de la Convention complémentaire de Bruxelles. Bien que pouvant également relever du contexte externe de la Convention de Paris, elle entretient néanmoins un lien *ratione materiae* et *temporis* suffisamment étroit avec la Convention de Paris pour qu'elle puisse être étudiée ici. Adoptée simultanément à la Convention de 1960, et révisée simultanément depuis, son application est directement liée à celle de la Convention de Paris. Or quoique son champ d'application renvoie *expressis verbis* à la Convention de Paris⁷⁸⁸, certaines de ses dispositions font néanmoins directement référence à la fission nucléaire. Aux fins de l'organisation du mécanisme qu'elle met en place, il est en effet fait référence à la « criticalité » des réacteurs présents sur le territoire des États parties⁷⁸⁹. Or ce terme, à l'emploi aujourd'hui désuet, et auquel les scientifiques préfèrent le terme « criticité », renvoie aux réacteurs de fission nucléaire. Il vise généralement le risque de déclenchement intempestif d'une réaction neutronique en chaîne, caractéristique de cette réaction nucléaire⁷⁹⁰. Enfin,

⁷⁸⁰ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 467.

⁷⁸¹ Voy. en ce sens J.-M. SOREL, « Article 31 », *op. cit.*, pp. 1319-1320.

⁷⁸² CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, fond, 13 septembre 1992, *Rec. CIJ*, p. 583, § 374 ; CIJ, *Différend maritime (Pérou c/Chili)*, 27 janvier 2014, *Rec. CIJ*, p. 41, § 102.

⁷⁸³ J. DEHAUSSY, M. SALEM, « Les traités. Interprétation », *op. cit.*, p. 21.

⁷⁸⁴ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 467.

⁷⁸⁵ Voy. *infra* Section 2.

⁷⁸⁶ Ainsi, si l'on devait se focaliser sur la Convention de 1960, elle pourrait manifester un « accord ultérieur » comme il le sera vu *infra*. Section 2. Néanmoins, on pourrait considérer que, n'ayant pas été remise en cause par les protocoles d'amendements, elle peut être considérée comme faisant partie du contexte *lato sensu*.

⁷⁸⁷ Rappelons en effet l'interprétation du terme « réacteur » adoptée le 8 juin 1967 par le Comité de Direction de l'Energie Nucléaire, selon laquelle ne sont pas couverts par ce terme « les ensembles sous-critiques, c'est-à-dire les ensembles qui ne sont pas capables d'entretenir une réaction en chaîne de façon autonome », ce qui devait conduire à exclure la fusion de la définition du terme : voy. Comité de Direction, « Interprétation du 8 juin 1967 », [NE/M(67)1] et *supra* Chapitre préliminaire, Section 1, § 1, A.

⁷⁸⁸ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 2.

⁷⁸⁹ *Convention complémentaire de Bruxelles* (2004), art. 12.a.ii ou encore art. 13.c.

⁷⁹⁰ Voy. pour exemple la définition donnée par le Glossaire de l'IRSN : « criticité : Risque de phénomènes de fission incontrôlés dans les matériaux fissiles », et par le Glossaire de sûreté de l'AIEA : « état d'un milieu siège d'une réaction nucléaire en chaîne lorsque la réaction est juste auto-entretenu (ou critique), c'est-à-dire lorsque la réactivité est égale à zéro ».

tel pourrait être le cas de l'*Exposé des motifs*, lequel nous paraît être l'élément le plus intéressant pour apprécier l'évolutivité du terme réacteur.

L'*Exposé des motifs*, tant dans sa version initiale que revisitée et approuvée par le Conseil de l'OCDE constitue, en effet, un élément primordial du contexte de la Convention de Paris. Visant à expliquer les dispositions de la Convention de Paris, ce dernier pourrait en effet être considéré comme un élément pertinent de son contexte, tant en raison de sa contemporanéité avec la Convention de Paris et ses diverses versions⁷⁹¹ qu'en raison du cadre institutionnel de son approbation⁷⁹². Pour certains, il constituerait même la « principale source d'interprétation »⁷⁹³ de la Convention de Paris et le principal indicateur de l'intention des parties d'en exclure les activités de fusion. En disposant explicitement que « comme les perspectives d'utilisation de la fusion nucléaire n'apparaissent pas encore clairement, il ne semble ni possible ni nécessaire de viser celle-ci dans la Convention de Paris », il constituerait en effet la base sur laquelle il serait possible de « combler toute lacune qui persisterait concernant l'interprétation de la Convention de Paris et son applicabilité à la fusion »⁷⁹⁴. Pourtant lu à la lettre, ce paragraphe ne ferme pas totalement la porte à une telle possibilité. Plus encore, si ces auteurs font référence à l'*Exposé des motifs* de 1982, l'*Exposé des motifs* de la Convention de Paris de 2004 est encore plus ouvert puisqu'il dispose que

« [c]ompte tenu des informations techniques disponibles quant au développement de telles installations, l'application aux installations de fusion nucléaire du régime spécial de responsabilité prévu par la Convention ne semble pas se justifier pour l'instant. Toutefois, au vu de l'évolution des recherches dans ce domaine, le Comité de Direction de l'énergie nucléaire pourra étendre le champ d'application de la Convention à ce type d'installations conformément aux dispositions des articles 1(a)(ii) et 16 »⁷⁹⁵.

Plus encore, si l'on considère que le contexte est un grand espace à l'intérieur duquel pourront intervenir des arguments d'analogie ou d'*a contrario*⁷⁹⁶ et que la Convention n'aurait pas visé « la fusion parce que ses « perspectives d'utilisation n'apparaissent pas encore clairement » et que cela ne semblait pas « se justifier pour l'instant », ne peut-on supposer *a contrario* que le développement de cette énergie rende cette prise en compte « possible » et « nécessaire » ? Telle est certainement la question à laquelle devra répondre l'interprète. Si pour ce faire, une approche téléologique du texte peut l'y aider, il faut encore et préalablement mesurer la manière dont ce dernier pourrait être amené à prendre en considération le contexte externe de la Convention de Paris.

⁷⁹¹ Ainsi, l'*Exposé des motifs* de 1982 a été approuvé en 1982 concomitamment à l'adoption du Protocole de 1982. L'*exposé des motifs* de 2004 a été officiellement rendu public en 2020, mais sa rédaction était antérieure.

⁷⁹² Si rien n'est précisé pour l'*Exposé des motifs* de 2004, on sait que celui de 1982 avait été approuvé par le Conseil de l'OCDE. Sur la prise en considération d'un rapport explicatif du Conseil de l'Europe : voy. *Affaire Malachtou*, 1987, Cour suprême de Chypre, *ILR*, vol. 88, p. 215 ou *FRG and Rauca*, 1983, Canada, Ontario Court of Appeal, *ILR*, vol. 88, p. 294 ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 466.

⁷⁹³ W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 57, dans le même sens N. PELZER, "The Present State of Research" in *Les risques résultants de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire*, *op. cit.*, p. 274.

⁷⁹⁴ W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 57, faisant référence à *Exposé des motifs* (1982), p. 3, § 12.

⁷⁹⁵ *Exposé des motifs* (2004), p. 9, §18. Nous soulignons. Sur l'impossibilité, selon nous, d'inclure les installations de fusion par le biais d'une décision du Comité de Direction conformément à l'article 1.a.ii, voy. Chapitre préliminaire, Section 1, § 1, conclusion.

⁷⁹⁶ Voy. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 457.

2. L'évolutivité du terme réacteur au regard de son contexte externe

198. D'un quasi-contexte relativement restreint à un élargissement systémique. Suivant l'article 31.3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'interprète doit prendre en compte tout accord ultérieurement intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de ses dispositions, de toute pratique ultérieurement suivie par laquelle est établi l'accord des parties ainsi que toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties. Compte tenu de la prise en considération ci-dessus d'éléments qui pouvaient à la fois relever du contexte *latissimo sensu*, et de l'absence de tout autre accord ou pratique ultérieure pertinente⁷⁹⁷, c'est principalement l'influence que pourrait revêtir une interprétation systémique – comme s'en référant à l'environnement normatif de la Convention de Paris – qui devra nous intéresser. Il est vrai que la prise en considération de ce contexte élargi pour éclairer le sens d'une disposition paraît logique puisque « toute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement au droit international commun, pour toutes les questions qu'elle ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente »⁷⁹⁸. Le traité « s'inscrit nécessairement dans un système de règles avec lesquelles il peut fonctionner de pair ou encore entrer en concurrence et ne saurait [dès lors] être appréhendé isolément pour être efficacement interprété puis appliqué »⁷⁹⁹.

Une fois écartée la Convention complémentaire de Bruxelles, les références interprétatives de la Convention de Paris, et du terme *réacteur*, sont cependant peu nombreuses. En effet, à partir du moment où l'article 31.3 impose le respect de la célèbre maxime *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, l'interprète n'aura *a priori* le choix que de se tourner vers les traités auxquelles seraient également parties les États parties à la Convention de Paris ou vers la coutume internationale à vocation universelle⁸⁰⁰. Or, le droit qui régit les activités nucléaires *pacifiques* apparaissant comme un droit très spécifique, les règles coutumières y sont (quasi)inexistantes. À dire vrai, c'est même ce droit que l'on a pu considérer en lui-même comme un générateur d'un « corpus normatif » existant en dehors des Conventions⁸⁰¹. Ainsi, sauf à ce que l'interprète, mettant en lumière l'aspect humaniste de la

⁷⁹⁷ Ainsi, si l'on peut relever le fait que la loi allemande (*Atomgesetz*) inclut les installations de fusion, cela ne paraît pas suffisant, comme nous le verrons *infra* Section 2, à établir une pratique ultérieure : voy. néanmoins *Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)*, (Loi allemande sur l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire et sur la protection contre les dangers de cette utilisation), première publication en 1959, puis 1985 et 2017, article 26 disponible sur <https://www.gesetze-im-internet.de/atg/AtG.pdf>

⁷⁹⁸ *George Pinson (France c. Mexique)*, sentence arbitrale du 19 octobre 1928, *RSA.*, vol. V, p. 422, § 50.

⁷⁹⁹ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 164 et plus généralement CDI, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *op. cit.*, sp. p. 227, § 414.

⁸⁰⁰ Voy. CPJL, *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Royaume-Uni c. Pologne)*, 30 octobre 1928, série A, n°23, p. 26 dans laquelle la Cour a eu recours aux principes « qui régissent la matière à laquelle le texte a trait », et dans le même sens CIJ, *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, avis consultatif, 8 juin 1960, *Rec. CIJ*, pp. 169-170 ; CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)(États-Unis d'Amérique c. Italie)*, 20 juillet 1989, *Rec. CIJ*, p. 42, § 50 ; CIJ, *Plates formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, p. 142, § 41.

⁸⁰¹ Voy. P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976, pp. 130 et ss, sp. pp. 137-138 : « toute porte à penser qu'en dépit des principes classiques du droit des gens, les solutions admises par les conventions nucléaires devraient, pour des raisons d'équité, inspirer très directement l'attitude des Puissances, ou en cas de litige, des arbitres placés devant la nécessité de faire droit aux victimes civiles des dommages nucléaire [...] il semble que le juge international, en particulier, s'il devait trancher un différend relatif au préjudice nucléaire en l'absence de texte spécial, ne se trouverait sans doute pas démuné [...] la création d'une responsabilité sans faute, dirigée exclusivement contre la personne de l'exploitant mais limitée en montant (ainsi que dans le temps) par les principaux systèmes de droit, incite à conclure qu'il existe aujourd'hui une espèce de *corpus juris* en matière atomique, inspiré par les caractères propres à cette activité d'un haut degré de technologie ou, à tout le moins, un principe général de droit selon lequel les victimes doivent être indemnisées sur une base objective ».

Convention de Paris, fasse le choix audacieux de l'interpréter à la lumière de l'évolution des droits de l'homme et de la promotion d'un droit à un environnement sain⁸⁰², ce dernier n'aurait plus qu'à se tourner vers les instruments conventionnels spécifiques à la matière auxquels sont également parties les États de la Convention de Paris. Or, les instruments relatifs soit à la sûreté nucléaire soit aux autres aspects de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire sont relativement indifférents à la question de la fusion nucléaire, si bien qu'on peut même affirmer que leur application aux activités de fusion n'a jamais été présentée comme un problème⁸⁰³. Le seul instrument pertinent au regard du régime de responsabilité civile nucléaire apparaît donc être le Protocole commun de 1988. Cependant, ce dernier n'apporte aucun éclairage concernant l'inclusion ou l'exclusion des installations de fusion dès lors qu'il se borne à renvoyer à l'application de la Convention de Paris ou de Vienne⁸⁰⁴. De plus, il ne connaît qu'une identité de parties relative avec la Convention de Paris puisque l'Espagne, le Portugal et le Royaume-Uni ne l'ont jamais ratifié⁸⁰⁵. La question de l'identité de parties, que suppose l'article 31.3.c, a cependant pu faire l'objet de discussion, d'aucuns ayant relevé que l'omission du terme « toutes » dans la formulation de ce dernier⁸⁰⁶ et l'utilité de la règle indique que la condition n'est pas restrictive⁸⁰⁷. Elle laisserait ainsi le soin aux interprètes de « forger leur propre conception de cette exigence »⁸⁰⁸. Considérant le pont que permet de jeter le Protocole commun entre les deux conventions, on pourrait donc se questionner sur la mesure dans laquelle l'interprète devrait prendre en compte la Convention de Vienne comme référence systémique d'une interprétation de la Convention de Paris, aux fins de la recherche d'une cohérence du régime de responsabilité civile nucléaire globalisé.

199. Le glissement d'un quasi-contexte élargi vers un retour au sens ordinaire. Aux termes de la Convention de Vienne, le terme *réacteur* s'entend comme « toute structure contenant du combustible nucléaire disposé de telle sorte qu'une réaction en chaîne de fission nucléaire puisse s'y produire sans

⁸⁰² En effet, l'article 31.3.c. autorise l'interprète à prendre autant en considération le droit international historique qu'actuel : voy. J. CAZALA, « Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de tout autre "règle pertinente de droit international applicable entre les parties" en tant que "passerelle" jetée entre les systèmes juridiques différents » in H. RUIZ-FABRI, L. GRADONI, *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, Paris, 2009, pp. 95-136 ; R. GARDINER, *Treaty interpretation*, op. cit., p. 251 ; M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », op. cit., p. 62 ; C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international*, op. cit., p. 92 et CPJI, *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Royaume-Uni c. Pologne)*, 30 octobre 1928, op. cit., p. 26 ; CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, op. cit., p. 31, § 53. De plus, ce renvoi au droit coutumier peut ainsi se faire par une « sorte de renvoi en bloc à une branche du droit international connexe, avec son droit coutumier et conventionnel inextricablement lié » : R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 468.

⁸⁰³ La Convention sur la sûreté nucléaire ne donne pas vraiment d'indication dès lors qu'elle se borne à définir une installation nucléaire comme « toute centrale électronucléaire civile fixe relevant de sa juridiction [d'un État partie], y compris les installations de stockage, de manutention et de traitement des matières radioactives qui se trouvent sur le même site et qui sont directement liées à l'exploitation de la centrale électronucléaire », sans fournir plus de définition délimitant son champ d'application technique : voy. *Convention sur la sûreté nucléaire*, adoptée à Vienne le 20 septembre 1994, entrée en vigueur le 24 octobre 1996, RTNU., vol. 1963, p. 293, art. 2.i.

⁸⁰⁴ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

⁸⁰⁵ Voy. https://www-legacy.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/jointprot_status.pdf

⁸⁰⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31.3.c : le contexte comprend « toute règles pertinentes de droit international applicables entre [toutes] les parties ».

⁸⁰⁷ Voy. R. GARDINER, *Treaty interpretation*, op. cit., p. 260 *contra* J. CAZALA, « Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de tout autre "règle pertinente de droit international applicable entre les parties" en tant que "passerelle" jetée entre les systèmes juridiques différents », op. cit., p. 124.

⁸⁰⁸ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 165. L'auteur souligne ainsi la position très libérale des juridictions de droits l'homme concernant l'application de l'article 31.3.c *contra* CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, op. cit., p. 83, § 205 dans lequel la Cour avait refusé d'interpréter le traité en cause à la lumière de la Convention d'Espoo.

l'apport d'une source de neutrons »⁸⁰⁹. C'est d'ailleurs en se fondant sur cette définition que le Comité de Direction avait proposé l'interprétation de 1967⁸¹⁰. Dans ce contexte, le vœu d'un régime globalisé cohérent pourrait donc conduire l'interprète à éluder le respect de la règle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt pacta tertiis* en justifiant d'un « sens international »⁸¹¹ du terme réacteur ; c'est-à-dire un sens ordinaire que le terme possède en droit international d'après le sens exprimé par les traités et conventions portant sur la même matière. Sans autoriser à assimiler le langage conventionnel au sens ordinaire du terme, force est de constater que la méthode demeure la conséquence inévitable du contexte. Dans la pratique, il arrive effectivement que l'interprète se réfère à des clauses similaires contenues dans des traités conclus par des États tiers à des fins d'interprétation conformes ou coordonnées⁸¹². Dès lors, l'interprétation opérée par référence au langage du droit international sera justifiée puisque considérée comme un acte d'interprétation utilisant le sens ordinaire⁸¹³. Alors certes, une différence nette *ratione personae* pourrait justifier qu'un tel procédé soit écarté⁸¹⁴. Plus encore, l'interprète pourra considérer que les deux traités constituent respectivement une « espèce de *self-contained regime* » instituant chacun une pratique dérogatoire de l'autre⁸¹⁵. Cependant, et bien que l'on ne puisse ignorer le fait que les régimes de Paris et de Vienne doivent être distingués, il reste que, depuis le Protocole commun, et même la Convention sur la réparation complémentaire (qui reprend au demeurant la définition de la Convention de Vienne), l'on tend vers la promotion d'un régime globalisé et donc cohérent.

200. Conclusion du §. Somme toute, c'est davantage en ayant l'audace de s'écarter de ce sens international que l'interprète interprétant le terme *réacteur* comme visant les réacteurs de fusion pourra faire de la Convention de Paris cette « espèce de *self-contained provision* »⁸¹⁶. Arrivés aux termes du premier temps de cette étude, il nous faudra cependant admettre que son audace ne trouvera qu'un soutien ambivalent dans l'appréhension textuelle et contextuelle de l'évolutivité du terme *réacteur*. Des indices ont néanmoins pu poindre en faveur du projet qui sous-tend cette étude. Il ne s'agira donc de ne pas abandonner. Le Préambule montrant une potentialité certaine peut ainsi assurer le lien entre l'interprétation contextuelle et l'interprétation téléologique⁸¹⁷, et nous conduire vers une autre modalité de la méthode évolutive fondée sur l'objet et le but, laquelle confirmerait les mots de Dioniso ANZILOTTI pour qui il paraissait impossible

⁸⁰⁹ Convention de Vienne (1963, 1997), art. Premier.1.d.

⁸¹⁰ Voy. Comité de Direction, « Interprétation du Comité de Direction du 8 juin 1967 », [NE/M(67)1] in OCDE/AEN, *Convention de Paris, Décisions, recommandations et interprétation*, op. cit., p. 6 : « note du Secrétariat : « cette interprétation est conforme à la définition du “réacteur nucléaire” dans la Convention de Vienne ».

⁸¹¹ *Réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles (Allemagne c. Commission des Réparations)*, sentence du 3 septembre 1924, RSA, vol. I, p. 460-1.

⁸¹² R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 463 ; *Accord relatif aux services aériens (États-Unis d'Amérique/France)*, 1978, RSA, vol. XVIII, p. 480.

⁸¹³ U. LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaty*, op. cit., pp. 69 et ss, et pour exemple CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd c. République République du Sri Lanka*, n° ARB/87/3, sentence du 27 Juin 1990, §§ 47 et ss ou *Affaire concernant la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence arbitrale du 14 février 1985, RSA, vol. XIX, pp. 149-196.

⁸¹⁴ Voy. CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, op. cit., p. 83, § 205.

⁸¹⁵ C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international*, op. cit., pp. 107-108.

⁸¹⁶ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 463 et rapprochez B. SIMMA, “self-contained regimes”, *NYBIL*, vol. 16, 1985, pp. 111-136.

⁸¹⁷ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 133 ; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, op. cit., p. 186.

« de dire qu'un article d'une convention est clair avant d'avoir déterminé l'objet et le but de la convention. Car c'est seulement dans cette convention et par rapport à cette convention que l'article assume sa véritable signification... La première question qui se pose est donc celle de savoir quels sont l'objet et le but de la convention dans laquelle trouve place l'article à interpréter »⁸¹⁸.

§ 2. Le recours aux moyens téléologiques

201. Un recours alternatif à l'objet et au but du traité. Suivant la méthode exposée en introduction de cette section, l'opération interprétative évolutive devrait essentiellement reposer sur le recours aux règles interprétatives formulées à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, puisqu'elles permettent *a priori* de déterminer la volonté des parties. Or l'étude du texte comme du contexte de la Convention de Paris a montré que l'un comme l'autre ne suffisaient pas à asseoir le principe d'une réinterprétation du terme *réacteur* aux fins d'y intégrer les réacteurs de fusion. Est-ce à dire que, suivant cette conclusion, toute réinterprétation de ce terme par la méthode évolutive serait vaine dès lors que l'intention des parties de voir le texte évoluer pour s'adapter aux circonstances nouvelles n'y trouverait aucune assise certaine ? Pas nécessairement. D'une manière similaire aux moyens dits textuels, l'objet et le but du traité peuvent également représenter un indicateur du caractère évolutif du texte.

Certes, l'article 31§1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités précise qu'un traité doit être interprété « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » et laisse ainsi supposer que l'objet et le but du traité sert à éclairer le sens ordinaire d'un terme dans une logique contextuelle⁸¹⁹. Cependant, l'importance qu'on lui accorde peut considérablement varier selon l'orientation donnée à l'opération interprétative⁸²⁰. Parce que l'objet et le but du traité incarneraient « la fin du traité, son rôle, sa nature »⁸²¹ ou encore « la logique du système global »⁸²², ils constituent souvent un moyen d'interprétation important pour rechercher l'intention des parties⁸²³ et donc pour justifier une interprétation évolutive. Envisagé comme une approche alternative à l'absence d'un terme générique au sein du traité, le recours à l'objet et au but autoriserait à se départir de ces exigences textuelles aux fins de procéder à une actualisation du traité à la lumière des objectifs qu'il poursuit, et qui, pour leur réalisation, peuvent exiger que la norme soit actualisée aux évolutions de circonstances⁸²⁴. L'objet et le but du traité occupant ainsi un statut fondamental dans l'interprétation évolutive (et même salvateur), leur mobilisation aux fins

⁸¹⁸ CPJI, *Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, op. cit., opinion dissidente du juge ANZILOTTI, p. 383.

⁸¹⁹ Voy. R. GARDINER, *Treaty interpretation*, op. cit., p. 190 ; U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties* [...], op. cit., pp. 203-204.

⁸²⁰ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 134.

⁸²¹ M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », op. cit., p. 55.

⁸²² CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, 8 juillet 1996, Rec. CIJ, p. 79, § 25

⁸²³ Voy. V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., p. 234 ; P. REUTER, *La Convention de Vienne sur le droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1979 p. 17 ; C. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 3^e éd., 1960, p. 415 et pour exemple CIJ, *Réserves à la Convention sur le génocide*, op. cit., p. 23 ; CIJ, *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, avis consultatif, 8 juin 1960, Rec. CIJ, p. 170 ; CIJ, *Ile Kasikili/Sedudu*, op. cit., p. 1073, §43 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, Rec. CIJ, p. 137, §273 ; CIJ, *Plates-formes pétrolières*, op. cit., p. 813, § 27 ou encore CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, op. cit., p. 79, § 142 dans lequel la Cour a considéré que « le but du traité, et l'intention dans laquelle les parties ont conclu celui-ci, doit prévaloir sur son application littérale ».

⁸²⁴ Voy. O. IGANAKI, "Evolutionary interpretation of Treaties Re-examined : Two Stage Reasoning", *JICS.*, vol. 22, 2015, p. 137 ; G. DISTEFANO, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », op. cit., p. 394 ou encore J. ARATO, "Subsequent Practice and Evolutionary Interpretation : Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences", *The law and procedure of international Courts and Tribunals.*, vol.9, 2010, pp. 473 et ss.

d'une réinterprétation du terme réacteur de la Convention de Paris sera donc l'objet de nos prochains développements. Le but étant qu'en recherchant à atteindre la finalité du traité, la réinterprétation du terme *réacteur* ne soit plus conditionné par l'identification d'une intention des parties de voir le texte évoluer exprimée dans le texte, mais par un but à atteindre résultant d'une exploitation objective de ce texte⁸²⁵.

202. Plan. Une fois identifiés l'objet et le but de la Convention de Paris (A.), il s'agira donc d'envisager la mesure dans laquelle son interprète pourrait se trouver autorisé à s'éloigner du contenu originel de la norme afin de lui conférer « le sens qu'il estime utile d'après des considérations objectives, indépendantes de la volonté subjective — et souvent inexprimées — des parties »⁸²⁶ : un sens du terme *réacteur* susceptible de permettre l'intégration des activités de fusion au sein de la Convention de Paris (B.).

A. La détermination de l'objet et du but de la Convention

203. « Yet, object and purpose is a term of art without a workable definition »⁸²⁷. Si l'objet et le but du traité représentent les objectifs fixés par les Parties — c'est-à-dire ceux qu'elles ont prévu d'atteindre à travers l'application des normes qu'elles ont élaborées — leur appréhension peut néanmoins s'avérer délicate. D'une part, l'association des deux termes sous une lexie unique prête à discussion. En effet, l'on suppose que les deux notions ont un sens bien précis, l'une renvoyant à la matière soumise à la réglementation et résultant « objectivement »⁸²⁸ du traité, l'autre aux finalités⁸²⁹. Pourtant, la distinction ne paraît pas véritablement établie, du moins lorsque l'objet et le but sont mobilisés à fin d'interprétation. Parce que « l'objet et le but » est considéré comme étant à lui seul une règle d'interprétation marquée par la finalité, les deux termes sont conduits à se confondre, et l'objet à être assimilé au but⁸³⁰. Pourtant, si l'objet et le but du traité doivent servir son interprétation, cela signifie réciproquement que l'interprète ne doit en principe ni outrepasser l'objet du traité ni lui attribuer d'autres finalités que celles poursuivies par les parties. D'autre part, la notion entretient un rapport ambivalent avec l'évolution selon que l'on envisage l'objet et le but dans leur dimension subjective, c'est-à-dire comme voulue par les parties, ou dans leur dimension objective, c'est dire sur la base desquels « il serait possible d'indiquer ce que les parties auraient dû faire »⁸³¹. Dans les deux

⁸²⁵ Voy. V. BORE-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, *op. cit.*, p. 132 ; C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, pp. 140-153.

⁸²⁶ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 425.

⁸²⁷ D.S. JONAS, T.N. SAUNDERS, "The object and purpose of a treaty: three interpretative methods", *VJTL*, vol. 43, 2010, p. 565.

⁸²⁸ Voy. A. GESLIN, « Interprétation. Techniques et modalités d'interprétation », *op. cit.*, § 49.

⁸²⁹ Voy. U. LINDERFALK, « On the Meaning of the 'Object and Purpose' Criterion, in the Context of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 19 », *NJIL*, vol. 72, 2003, pp. 433-434 pour qui l'objet correspond aux « *rights and obligations to which a treaty gives expression – its normative content* », alors que le but désigne « *the state (or states) of affairs envisaged by the parties to be attained by applying the treaty* ». Voy. également C. DJEFFAL, *Static and evolutive interpretation*, Cambridge, CUP, 2015, p. 159 ; S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, *op. cit.*, p. 228 ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 532-533 ; M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 56, et rapprochez CPJI, *Accès aux écoles minoritaires allemands en haute Silésie*, avis consultatif, 15 mai 1931, Série AB, n°40, p. 17.

⁸³⁰ Voy. V. BORE-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, *op. cit.*, p. 57 ; U. LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties*, *op. cit.*, p. 208 et ss. ; C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, p. 62 ; M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 56, et pour exemple CPJI, *Compétence de l'OIT pour régler le travail personnel du patron*, avis consultatif, 23 juillet 1926, Série B, n°13, p. 18 ; CIJ, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, 6 juillet 1957, *Rec. CIJ*, p. 24 ; CIJ, *Affaire du Sud-Ouest Africain*, *op. cit.*, p. 329.

⁸³¹ M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 57.

cas, l'objet et le but sont susceptibles d'influer le processus de l'interprétation. Dans une « conception fixe »⁸³², l'objet et le but peuvent constituer un indicateur de l'évolutivité de la norme. Dans une conception objective et dynamique, on peut considérer que l'objet et le but du traité ont évolué depuis la rédaction de la Convention⁸³³. Cette double dimension évolutive pose alors le problème de la détermination de la nature de l'objet et du but à prendre en considération, tant il pourra s'agir de ceux conçus comme « l'intention historique » des parties contractantes ou de ceux ont été « susceptible[s] de nouveaux développements »⁸³⁴.

204. Plan. C'est donc suivant cette double définition de l'objet et du but et cette double dimension évolutive de l'objet et du but d'un traité, qu'il s'agira de rechercher dans quelle mesure l'objet et le but de la Convention de Paris seront susceptibles de révéler un aspect historique subjectif (1.), mais également objectif et dynamique (2.) susceptible d'influer sur la réinterprétation du terme *réacteur*.

1. L'appréhension télésubjective de l'objet et du but

205. L'objet et le but résultant de la lecture du Préambule de la Convention de Paris. L'objet et le but juridiquement pertinents sont souvent l'objet et le but historiques que les Parties se sont proposés parce qu'ils sont « la raison pour laquelle [elles ont] édicté le texte, le problème concret auquel [elles ont] cherché à répondre, la finalité qui dominait au moment de la création de la norme ». Ainsi, ils permettent « de serrer de plus près [leur] volonté historique »⁸³⁵. Dans cette appréhension « télésubjective »⁸³⁶, le Préambule de la Convention de Paris prend donc une place déterminante, et ce dès lors qu'il énonce à la fois l'objet du traité et le « but initial »⁸³⁷ : organiser les questions de responsabilité résultant d'un *accident nucléaire* en assurant, par le biais de principes uniformément applicables au sein de tous les pays d'Europe, une réparation adéquate des dommages causés, mais sans pour autant soumettre les exploitants à une responsabilité d'un poids financier excessif susceptible d'entraver le développement de cette source d'énergie⁸³⁸. *In fine*, à la lecture du Préambule, l'objet (la réparation des dommages nucléaires) comme le but du texte de Paris (une harmonisation des législations permettant de garantir cet équilibre entre réparation des victimes et promotion de l'énergie nucléaire) se devinent aisément et peuvent même se confondre.

206. L'objet et le but résultant de la lecture du texte de la Convention. Cela étant, il convient de ne pas ignorer les limites que l'objet de la Convention pourrait dessiner. Suivant la distinction opérée *supra*, d'aucuns relèvent l'importance d'un emploi conjoint des termes « but » et « objet » afin de lutter contre une interprétation téléologique trop excessive désignant ainsi « ce que les parties ont voulu atteindre dans les limites des normes qu'elles ont formulées »⁸³⁹. Or, si l'objet et le but se dégagent

⁸³² J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 140.

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour EDH » in M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'État*, Paris, PUF, 1989, p. 423 cité par J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 140 et dans le même sens R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 533.

⁸³⁵ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., pp. 533-534.

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ N. PELZER, « A propos de la mise à jour de la Convention de Paris », *BDN*, vol. 12, 1973/2, p. 48

⁸³⁸ *Convention de Paris* (2004), Préambule §2 et §3.

⁸³⁹ M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », op. cit., p. 57

bien souvent du Préambule du texte à interpréter⁸⁴⁰, ils peuvent également être identifiés par « l'examen du texte, tout le texte, à la lumière de ce qui est le contexte aux fins de l'interprétation du traité »⁸⁴¹. Plus encore, si l'article 31 de la Convention de Vienne fait référence à « l'objet et au but du traité », la jurisprudence a parfois fait montre d'une certaine incertitude sur le fait de savoir s'il pouvait également être pris en compte l'objet et le but spécifiques de la disposition à interpréter⁸⁴². En dépit d'une tendance en faveur de la prise en considération de l'objet et du but du traité, il n'est donc pas exclu qu'un traité puisse présenter des objets et des buts multiples dans ce sens qu'il serait possible de distinguer l'objet et le but général d'un accord de l'objet et du but spécifique d'une disposition à interpréter⁸⁴³. Dans cette optique, il ne pourrait alors ne faire aucun doute que le but de l'article 1 de la Convention de Paris — celui où est employé le terme réacteur et où sont définis les termes clefs — a pour objet d'encadrer le champ d'application de la Convention de Paris aux activités de fission et ainsi pour but de le restreindre⁸⁴⁴. Nous faisons dès lors face aux sempiternelles difficultés relevées précédemment, celles d'un texte fortement marqué par son contexte d'adoption, lequel ressurgit par l'objet et le but de sa disposition soumise à réinterprétation : la couverture du risque nucléaire de fission.

Pourtant, si l'on doit prendre en considération l'objet et le but de la Convention dans son ensemble, c'est-à-dire le but comme la fin poursuivie par les parties et l'objet comme « cette source matérielle qu'est la vie concrète d'un domaine réglementé »⁸⁴⁵, il apparaît que tant l'objet et le but de la Convention de Paris revêtent une dimension dynamique susceptible d'une certaine autonomisation dépassant les limites téléologiques que leur association doit initialement supposer.

2. L'appréhension téléobjective de l'objet et du but

207. Un phénomène d'autonomisation de l'objet et du but du traité. Dans l'approche télésubjective, l'objet et le but du traité sont rattachés à l'intention initiale des parties de normaliser une matière donnée pour atteindre un résultat donné. Cette méthode présente un caractère axiomatique dès lors que l'on considère que l'objet comme le but du traité sont déterminés *ab initio* par ces dernières. Il arrive pourtant que le texte, lorsqu'il véhicule des objectifs fixés pour l'avenir concernant cette

⁸⁴⁰ Voy. pour exemple CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, *op. cit.*, p. 196 ; CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, *op. cit.*, p. 251, § 56 ou encore CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 34 et *Régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, sentence arbitrale du 14 janvier 2003, *RSA*, vol. XXV, p. 238, § 5-6.

⁸⁴¹ M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 57 et pour exemple CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, *op. cit.*, pp. 167-168 où la Cour avait naturellement identifié les buts des Nations Unies dans le texte de la Charte.

⁸⁴² Voy. A. GESLIN, « Interprétation. Techniques et modalités d'interprétation », *op. cit.*, §§ 51-52, et pour exemple CIJ, *Affaire du Sud-Ouest africain*, *op. cit.*, p. 336 : « cette thèse prétend se fonder sur le sens naturel et ordinaire des termes employés dans la disposition. Mais il ne s'agit pas là d'une règle d'interprétation absolue. Lorsque cette méthode d'interprétation aboutit à un résultat incompatible avec l'esprit, l'objet et le contexte de la clause ou de l'acte ».

⁸⁴³ Voy. V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, *op. cit.*, pp. 128-130 *contra* J. KLABBERS, "Treaties, Object and Purpose" in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, §§ 1, 6-7, et pour exemple CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, *op. cit.*, pp. 167-168 ; CPJL, *Article 3, paragraphe 2 du traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l'Irak)*, avis consultatif, 21 novembre 1925, Série B, n° 12, p. 20 ; CIJ, *LaGrand (Allemagne c/ États-Unis)*, arrêt du 27 juin 2001, *Rec. CIJ*, pp. 502-503, §102 ; OA, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *op. cit.*, pp. 44-45, §114 ; TIDM, *Affaire du navire « Camouco » (Panama c/ France) – Demande de prompt mainlevée*, 7 février 2000, *Rec. TIDM*, p. 29, § 58 ou encore CEDH, *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, req. n°2689/65, §25 et CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 12 décembre 1986, req. n°9697/82, § 52.

⁸⁴⁴ Voir *supra* Chapitre préliminaire.

⁸⁴⁵ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 133-134.

matière, s'autonomise vis-à-vis de cette volonté. L'intention des rédacteurs du texte en tant que corps institutionnel est alors partiellement assimilée à l'intention et au but de la norme elle-même. Il en découle un tournant de l'opérateur vers ce que les « *parties auraient dû ou pu faire* » confrontés au problème posé ou encore vers ce que le texte « *doit* signifier du point de vue finaliste eu égard au problème nouveau »⁸⁴⁶. Robert KOLB désigne cette méthode comme « téléobjective » en ce qu'elle réfère à un « but rationnel » découvert dans la norme et découlant de son application. Cela justifie que le message que la norme contient puisse échapper à son auteur⁸⁴⁷. La norme se découvrirait un « *unfolding purpose* », ou plus encore un « *emergent purpose* »⁸⁴⁸, résultant du fait que « *the notion of object and purpose is itself not a static one, but is liable to change, or rather develop as experience is gained in the operation and working of the convention* ». Ainsi, c'est parce qu'elle repose sur l'idée qu'une norme n'est pas pétrifiée par le contenu que les parties entendaient lui donner au moment de sa rédaction qu'une telle méthode doit retenir notre attention. Dès lors qu'elle a pour but de réguler certains rapports sociaux dans un domaine déterminé qui en constitue l'objet et qui se trouve susceptible d'évoluer, la Convention de Paris doit, elle-même, continuer à évoluer et ainsi montrer « plus "d'intelligence" que ses rédacteurs »⁸⁴⁹. Cela s'apparenterait dans une certaine mesure à ce que l'on désigne, en droit privé, sous le vocable de la « méthode du but social »⁸⁵⁰.

208. Une autonomisation respectueuse de la volonté des parties à la Convention de Paris. Ceci étant posé, il faut se garder de vouloir opposer à tout prix ces deux écoles de pensée. Il faut, au contraire, s'inspirer des deux à la fois afin de se faire « une image complète » du problème auquel on se trouve confronté⁸⁵¹. Lors de l'adoption de la Convention de Paris, le *telos* des normes mises en place résidait dans la nécessité de concilier les intérêts contradictoires que représentait l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire : les avantages pour l'économie susceptibles d'être tirés du développement de l'électronucléaire commandaient de faire échapper les exploitants à des demandes de réparation ruineuses et le risque nucléaire imposait corrélativement de protéger la population. Le but de la Convention de Paris était donc d'instaurer un régime qui favoriserait le développement de cette industrie tout en permettant une prise en charge adéquate des victimes pour les préjudices subis. Or, il serait difficile d'affirmer que ce but « historique » n'est aujourd'hui plus valable. Quoique la protection qu'accorde le régime instauré par la Convention de Paris aux exploitants nucléaires puisse effectivement faire l'objet de critiques sur lesquelles nous reviendrons *infra*, il reste que cette *substantifique moelle* du texte de Paris demeure. Elle vient, en revanche, s'étoffer d'une nouvelle finalité, d'un « *emergent purpose* », liée au développement de l'énergie de fusion, laquelle pourra (éventuellement) obliger à ce que soient également conciliés des intérêts contradictoires : d'un côté, le développement bénéfique de cette source d'énergie, de l'autre, la protection des individus contre les

⁸⁴⁶ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international, op. cit.*, pp. 536-537.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 537 compare ce processus à celui d'une personne qui mettant son message dans une bouteille qu'il jette à la mer prend conscience que cette bouteille lui échappera par la suite.

⁸⁴⁸ G. FITZMAURICE, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation other Treaty Points", *BYIL*, vol. 28, 1951, pp. 1-38 et vol. 33, 1957, p. 208.

⁸⁴⁹ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 8 éd., Stuttgart, 1973, p. 207 cité par R. KOLB, *Interprétation et création du droit international, op. cit.*, p. 537.

⁸⁵⁰ Voy. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 287.

⁸⁵¹ K. VANDELDE, "Treaty interpretation from a negotiator's perspective", *VJTL*, vol. 21, 1988, pp. 282-311.

risques qu'elle présente. Sans préjudice des propos qui seront tenus sur ce point *infra*⁸⁵², cette innovation technologique exigerait donc de scruter les objectifs du texte eu égard à cette nouvelle situation et non à celle des installations de fission que les parties avaient à l'esprit lors de la rédaction du texte. Ce serait finalement parce que « l'objet » de la Convention doit s'élargir pour inclure les installations de fusion que son but se rationalise et s'autonomise pour qu'elle vienne couvrir un spectre plus large de dommages, et qu'elle révèle, par-là, toute son « effectivité ». Ainsi, l'approche objective ne suppose pas nécessairement une évolution radicale de l'objet et du but du traité et peut se lier avec une approche plus subjective et plus respectueuse de l'intention des parties, en confirmant ce « cocktail » que constitue l'interprétation, ce « *unlösbares Gemisch theoretischer un praktischer, erkennender un schöpferischer, reproduktiver un produktiver, wissenschaftlicher un überwissenschaftlicher, objektiver un subjektiver Elemente* »⁸⁵³.

Une fois cet *emergent purpose* identifié, il reste que l'interprète se trouve autorisé à lui conférer « le sens qu'il estime utile d'après [c]es considérations objectives, indépendantes [ou non] de la volonté subjective — et souvent inexprimées — des parties »⁸⁵⁴. Telle sera donc la méthode testée à l'endroit d'une réinterprétation du terme réacteur. Si la poursuite de l'objet et du but de la Convention de Paris doit en effet jouer un rôle décisif dans la construction d'une interprétation évolutive du terme *réacteur*, c'est que la réalisation de cet *emergent purpose* manifeste la nécessité de faire produire au texte un effet utile. Ce dernier sera ainsi permis par la structure de la norme conventionnelle et pourra ainsi justifier que soit opérée une réinterprétation du terme réacteur par le biais de l'interprétation évolutive.

B. La promotion de l'objet et du but de la Convention

209. Une comparaison opportune avec les conventions relatives aux droits de l'homme. La préservation de la finalité des traités internationaux domine parfois l'ensemble de leur interprétation, notamment dans le domaine de droits de l'homme⁸⁵⁵. Cette comparaison, que nous avons déjà suggérée entre la Convention de Paris et les conventions de droit de l'homme, n'est pas hasardeuse⁸⁵⁶. Elle est d'abord justifiée par le fait que la Convention de Paris crée des droits pour les particuliers nonobstant les limites qu'ils connaissent compte tenu de l'exigence de protection du milieu nucléaire⁸⁵⁷. Cette prise en considération pour les individus que partagent ces textes est ainsi un élément fondamental susceptible d'en motiver l'interprétation évolutive, et ce afin de concrétiser les « droits » qu'ils confèrent. Cependant, là ne s'arrête pas leur ressemblance. Au-delà de leurs finalités connexes, ces textes partagent également des caractéristiques structurelles susceptibles d'influer sur la recherche de leur effet utile.

⁸⁵² Voy. *infra* Titre II.

⁸⁵³ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, op. cit., p. 207 : « [trad.] [l'interprétation est] un mélange insoluble d'éléments théoriques et pratiques, de connaissance et créateurs, de reproduction et de production, scientifiques et méta-scientifiques, *objectifs et subjectifs* ». Nous soulignons.

⁸⁵⁴ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 425.

⁸⁵⁵ Voy. les nombreuses jurisprudences citées et analysées par J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., pp. 188 et ss.

⁸⁵⁶ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2 *in fine*.

⁸⁵⁷ Voy. J. HAMILTON, « Access by Victims to the Compensation Regime of the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage », op. cit., p. 107 et *infra* Titre II.

210. Plan. Ainsi, de même que la « nature spéciale » des instruments internationaux de protection des droits de l'homme a souvent été avancée pour justifier la particularité de l'interprétation dont ils faisaient l'objet⁸⁵⁸, la Convention de Paris constitue également un traité dont la nature ou celle de ses obligations constitue un terrain favorable (1.) à la maximisation de son effet utile et par ricochet à une interprétation évolutive (2.).

1. Une promotion favorisée par la portée normative de la Convention

211. Plan. Parce que la structure conventionnelle peut influencer sur le processus interprétatif, il s'agira de montrer que la nature de traité-loi de la Convention de Paris pourrait influencer son interprétation (a.) avant de relativiser les critiques qui pourraient être formulées à l'encontre de cette qualification (b.).

a. L'apport de la qualification de la Convention comme traité-loi

212. L'intérêt de la distinction entre traité-loi et traité-contrat. Quoique la Convention de Vienne sur le droit des traités n'ait jamais consacré de classification systématique des traités, l'observation de leur pluralité a néanmoins conduit la doctrine à l'opérer⁸⁵⁹. Or cette catégorisation des traités n'est pas restée étrangère à la question de leur interprétation, des liens étant ainsi fréquemment évoqués entre les choix interprétatifs opérés et le type de traité considéré⁸⁶⁰. Au cœur de ces classifications doctrinales, la distinction entre traité-loi et traité-contrat revêt une certaine pertinence. Cette typologie repose sur un constat de Paul REUTER selon lequel, la matière des actes conventionnels s'ordonnerait

« autour de deux pôles d'influence : l'univers du contrat, conçu en fonction de volontés antagonistes, arrêtées en un point d'équilibre, après des choix et des ajustements et fondé sur l'équivalence, la réciprocité et l'exécution trait pour trait ; l'univers de la loi, construite juridiquement sur l'hypothèse de la recherche et de la défense d'un intérêt commun, dont les volontés en présence sont les instruments et dont le fondement est plus une volonté collective qu'un équilibre des volontés individuelles »⁸⁶¹.

En d'autres termes, elle vise à différencier les traités (– loi) dont l'objet serait de « fixe[r] des règles de conduite abstraites, générales et objectives, avec la volonté de régir par ces règles une matière donnée »⁸⁶² des traités (– contrat) ne servant qu'à satisfaire les intérêts individuels des États⁸⁶³. Des plus classiques, cette distinction a donc été l'une des plus invoquées à l'appui d'une différenciation des méthodes d'interprétation opérées pour chaque cas. Le traité-contrat imposerait avant tout de peser le sens de chaque terme dans l'unique but de rechercher l'intention des parties. En raison de son

⁸⁵⁸ Voy. sur les arguments doctrinaux et jurisprudentiels avancés à l'endroit de cette thèse, J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., pp. 219 et ss.

⁸⁵⁹ Voy. pour exemple A. MCNAIR, "The functions and differing character of treaties", *BYIL*, vol. 11, 1930, pp. 110-118.

⁸⁶⁰ Voy. W. LANG, « Les règles d'interprétation codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités et les divers types de traités », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 24, 1973, pp. 113-173 ; V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., pp. 298 et ss.

⁸⁶¹ P. REUTER, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961, pp. 562- 563.

⁸⁶² R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 179. Pour C. ROUSSEAU, *Droit international public*, vol. I, Paris, Sirey, 1970, p. 68, les traités-lois ont pour objet de poser une règle de droit « objectivement valable ». Pour S. BASTID, *Les traités dans la vie internationale : Conclusion et effets*, Paris, Economica, 1985, p. 21, les traités lois supposent ainsi que les parties aient « une volonté identique, veulent la même chose et établissent une règle commune ». Rapprochez J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., s.v. « Traité-loi ».

⁸⁶³³² Voy. V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., pp. 300-301 ; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., s.v. « Traité-contrat » et S. BASTID, *Les traités dans la vie internationale*, op. cit., p. 21 soulignant que, pour ces traités, on suppose que « les parties désirent des choses différentes et stipulent des prestations réciproques ».

aptitude à établir des normes déterminantes pour l'avenir de la conduite commune des États ou déterminantes pour régir des matières qui leur sont communes, le traité-loi (ou traité normatif) autoriserait quant à lui de légers infléchissements dictés par les considérations objectives et finalistes tirées de son objet et de son but⁸⁶⁴. Parce que « plus l'aspect législatif [d'un traité] est marqué, plus il se détache des mécanismes consensuels qui l'ont engendré »⁸⁶⁵, le traité-loi serait ainsi susceptible d'acquérir une vie propre. Partant, le cadre de son analyse (texte et contexte insuffisant) pourrait être élargi et la règle *contra proferentem* pourrait être écartée afin que soient envisagés tous les effets pratiques de ses dispositions⁸⁶⁶.

213. La pratique de la distinction. L'exemple le plus évident reste celui des traités de protection des droits de l'homme. Il faut dire que la jurisprudence a été particulièrement explicite à leur égard. Dans l'arrêt *Wemhoff c. Allemagne*, le juge de Strasbourg considérait ainsi, à propos de la Convention européenne des droits de l'homme, que « s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu [...] de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties »⁸⁶⁷. Dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, il réitérait ce constat en relevant le « caractère objectif » des obligations instaurées, lesquelles devaient « débord[er] du cadre de la simple réciprocité »⁸⁶⁸. Pour autant, cette vision ne lui est pas exclusive. Entr'aperçue dans d'anciennes décisions⁸⁶⁹, elle est clairement matérialisée dans l'avis de la Cour internationale de Justice relatif aux *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*⁸⁷⁰. On la retrouve également dans le droit de l'Union européenne⁸⁷¹. Pour cela, nous pensons qu'elle pourrait s'accorder avec la Convention de Paris. Parce que l'intention des parties y semble moins guidée par l'envie d'établir des droits et obligations subjectifs réciproques que de créer des droits objectifs, elle peut suggérer de « s'écarter de la théorie du droit international

⁸⁶⁴ Voy. P. REUTER, « Le traité international, acte et norme », *APD*, vol. 32, 1987, pp. 116-117 ; C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, op. cit., pp. 129-135.

⁸⁶⁵ P. REUTER, « Le traité international, acte et norme », op. cit., pp. 116-117 ; V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., p. 307.

⁸⁶⁶ M. JOKL, *De l'interprétation des traités normatifs par la doctrine et la jurisprudence*, Paris, Pedone, 1935, pp. 179 et ss et voy. également C. ROUSSEAU, *Droit international public*, op. cit., p. 266 ; S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, op. cit., pp. 261-262 ; J. ARATO, "Accounting for differences in treaty interpretation over time" in *Interpretation in International Law*, Oxford, OUP, 2015, pp. 205-228 ; C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, op. cit., pp. 129-135 ou encore R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., pp. 179 et ss.

⁸⁶⁷ CEDH, *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, req. n° 2122/64, § 8.

⁸⁶⁸ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, req. n°5310/71, § 239.

⁸⁶⁹ Voy. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 180 relevant ainsi quelques anciennes affaires dans lesquelles cette distinction a été mobilisée pour justifier d'une méthode interprétative : pour exemple l'affaire *Brishe et Deblon*, 1922, TAM germano-belge, *Rec. TAM institués par les traités de paix*, vol. II, p. 400 dans laquelle il était soulignée que les dispositions du texte en cause « ne constituent pas un contrat international d'obligation, mais bien plutôt une législation internationale de droit privé qu'il convient d'interpréter en s'inspirant des principes universellement admis en matière législative ».

⁸⁷⁰ Voy. CIJ, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, op. cit., p. 23 : « [I]a Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. On ne peut même pas concevoir une convention qui offrirait à un plus haut degré ce double caractère [...] Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme ». Nous soulignons.

⁸⁷¹ Voy. CJCE, *Van Gend en Loos*, 5 février 1963, 26/62, *Rec. CJCE*, p. 23 ; CJCE, *Costa c/ Enel*, 15 juillet 1964, 6-64, *Rec. CJCE*, p. 1141 et plus généralement V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., p. 310 ; P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux » in *Mélanges W.J. Ganshoff van der Meersh*, t. 2, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1972, pp. 325-326 ou K. LENAERTS, J. A. GUTIERREZ-FONS, F. PICOD, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 54 et ss.

classique d'après laquelle, en cas de doute, prévaut l'interprétation qui restreint les obligations des États contractants »⁸⁷². Sa qualité de traité-loi ayant pour objet une situation sociale justifierait une interprétation prenant en considération l'objet et le but de la Convention, réduirait la place à accorder aux autres moyens interprétatifs et « légitimer[ait] une interprétation évolutive »⁸⁷³. Le problème étant que ces arguments n'emportent pas toujours l'adhésion, d'aucuns y décelant une généralisation risquée⁸⁷⁴. Afin d'asseoir notre proposition, il faut donc combattre les critiques susceptibles d'être formulées à son encontre.

b. La relativisation des critiques formulables à l'encontre de la qualification

214. Les critiques formulées à l'encontre de la distinction traité-loi/traité-contrat. Si la mobilisation de la distinction traité-loi/traité-contrat fait l'objet de critiques, ce n'est pas tant que la doctrine lui accorde parfois la qualité d'une « distinction vieillie » et porteuse d'une analogie maladroite avec le droit interne⁸⁷⁵. À dire vrai, certains se sont toujours opposés à cette distinction comme justifiant une différence d'interprétation⁸⁷⁶. Tel était notamment le cas de Hersch LAUTERPACHT, pour qui il était

« probable qu'à cet égard comme à d'autres, la vue la plus exacte, c'est qu'il n'y a, en ce qui concerne l'interprétation, aucune différence de nature entre ces deux classes de traités (les traités-lois ou traités normatifs et les autres traités), à supposer qu'ils constituent deux classes distinctes. Tant les traités-lois que les autres traités énoncent des règles de droit, c'est-à-dire des règles de conduite juridiquement obligatoires pour les parties »⁸⁷⁷.

Sans adhérer à cette vision, il est vrai que la distinction et les conséquences qu'elle emporte sur l'interprétation peuvent effectivement appeler quelques nuances. Il y a effectivement « quelque chose d'assez aléatoire à vouloir systématiquement faire dépendre la méthode d'interprétation du type de convention à interpréter »⁸⁷⁸. D'une part, tout traité constitue finalement un « contrat » contenant des engagements faisant naître des droits et obligations, et tout contrat est constitué par une rencontre de volonté constituant « la loi des parties »⁸⁷⁹. De plus, un même traité présente bien souvent un contenu

⁸⁷² F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelles. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne » in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 20. Comparez ainsi avec certains rapports de l'organe d'appel de l'OMC dans lequel la nature « contractuelle » des accords OMC a justifié un recours à la règle *in dubio mitius* suivant laquelle « si le sens d'un terme est ambigu, il faut privilégier le sens le moins contraignant pour la partie qui assume une obligation [...] ou encore qui impose aux parties des restrictions de nature moins générale » : voy. OA, *Communautés européennes - Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, rapport du 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R ; WT/DS48/AB/R, §165, note 154 et rapprochez OA, Japon - Taxes sur les boissons alcooliques, rapport du 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R ; WT/DS10/AB/R ; WT/DS11/AB/R, p. 17 ; OA, États-Unis - Prohibition de l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, op. cit., p. 51,

⁸⁷³ N. VALTICOS, « Interprétation juridiques et idéologies » in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1471-1472 cité par V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., p. 309.

⁸⁷⁴ Voy. V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., p. 309.

⁸⁷⁵ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., s.v. « Traité-loi » ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 179-180.

⁸⁷⁶ Voy. H. KELSEN, *Principles of International Law*, New-York, Rhinehart & Company, 1952, p. 320 ; C. SCHREUER, « The interpretation of Treaties by Domestic Court », *BYIL*, vol. 45, 1971, p. 256 ou encore Commission de conciliation franco-italienne, *Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du traité de paix avec l'Italie*, 25 juin 1952, *RSA.*, vol. XIII, p. 396 : « la distinction entre traités-lois et traités-contrats semble avoir été battue en brèche par la doctrine la plus récente du droit international public [...] il est pour le moins discutable qu'il se justifie d'appliquer aux traités-lois d'autres critères d'interprétation qu'aux traités-contrats ».

⁸⁷⁷ AIDI, 1950, I, p. 434.

⁸⁷⁸ V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., p. 315.

⁸⁷⁹ Voy. S. CASTANOS, « Les rapports de la volonté dans les traités-lois et les traités-contrats » in *Mélanges Séfériadès*, vol. I, Athènes, École des Sciences politiques « Pantéios » d'Athènes, 1961, sp. p. 362.

hétérogène⁸⁸⁰. Il est dès lors difficile de considérer un traité comme un « tout » auquel on appliquerait une méthode d'interprétation spécifique fonction de la nature de ce « tout »⁸⁸¹. Ainsi, la Convention de Paris contient en son sein des dispositions de nature différentes, « un amalgame des deux types »⁸⁸² : des dispositions « législatives », mais également des dispositions « contractuelles », notamment en ses clauses finales. Un même traité peut donc appeler à une pluralité de méthode du fait de la nature de la disposition à interpréter⁸⁸³. D'autre part, si tant est que la nature d'un traité-loi puisse favoriser une interprétation au prisme de l'objet et du but du traité, cette méthode ne serait ni exclusive de l'interprétation de ces traités ni exclusive d'autres moyens d'interprétation⁸⁸⁴.

215. Des critiques susceptibles d'être relativisées. Il faut toutefois relativiser ici ces critiques. Premièrement, quoique l'on puisse admettre qu'un traité ne constitue jamais totalement un traité-loi ou un traité-contrat, cette distinction permet en réalité de simplifier la lecture d'une autre distinction montrant un résultat peu ou prou similaire : celle existant entre les obligations réciproques et intégrales qui composent l'acte conventionnel⁸⁸⁵. Ainsi, c'est en rejetant la dichotomie traité-loi et traité-contrat que Julie FERRERO mobilise cette distinction⁸⁸⁶. Cette seconde distinction permettrait, en effet, d'échapper à la difficulté que suppose le schéma irrémédiablement synallagmatique du traité (qu'il soit un traité-loi ou contrat)⁸⁸⁷. À bien y regarder, la mobilisation autorise cependant à parvenir au même résultat que celui précédemment exposé. Si l'on considère que l'obligation intégrale serait à la nature de l'obligation ce qu'est le traité-loi à la nature du traité, ces deux distinctions partagent l'idée d'une objectivité de l'obligation dont l'exécution (mais non la conclusion⁸⁸⁸) échappe au rapport de réciprocité *do ut des* caractérisant le droit international public⁸⁸⁹. L'essentiel demeure et reste

⁸⁸⁰ Voy. G. SCELLE, *Précis de droit des gens*, vol. II, Paris, Sirey, 1934, p. 488 prenant ainsi pour exemple le Traité de Versailles qui, pour l'auteur, obéit à cette double qualification. Dans le même sens, voy. E. DECAUX, O. DE FROUVILLE, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 49-50. Cette double qualification serait d'ailleurs elle-même admise par le juge européen des droits de l'homme : voy. CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, op. cit., § 239 : « à la différence des traités internationaux de type classique, la convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives ». Il en irait de même pour les traités de l'Union européenne. Comme le souligne H. KÜTSCHER, « Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour », *Rencontre judiciaire et universitaire*, 27-28 septembre 1976, Luxembourg, Publication de la CJCE, 1940, p. I-40 : « [I]es traités communautaires revêtent une double nature dans la mesure où, d'une part, ils établissent des liens interétatiques entre les États membres tandis qu'ils contiennent, d'autre part, une constitution commune à ces États qui régit une partie de leurs attributions souveraines »

⁸⁸¹ V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., p. 315.

⁸⁸² P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 136.

⁸⁸³ Voy. V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., p. 316.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 322-323. L'auteur prend ainsi pour exemple le fait que l'interprétation téléologique ait pu être employé par l'organe d'appel de l'OMC en dépit de l'affirmation d'une nature contractuelle des obligations concernées. Il en va de même pour la Cour internationale de Justice : voy. CIJ, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c/ Norvège)*, 14 juin 1993, *Rec. CIJ*, p. 51, § 28 ; CIJ, *Ile de Kasikili/Sedudu*, op. cit., §§ 47-80. Cela est encore confirmé par la pratique du juge européen des droits de l'homme : voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., pp. 118 et ss.

⁸⁸⁵ Pour rappel, et comme vu *supra* note 598, l'obligation intégrale serait cette obligation qui mettrait « en avant que la partie qui s'oblige maîtrise entièrement, complètement son exécution de l'obligation, puisqu'elle est indépendante de l'exécution des autres parties. L'exécution par une partie est autonome, elle se suffit à elle-même » : F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité : recherches sur l'obligation intégrale en droit international*, op. cit., p. 153.

⁸⁸⁶ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., pp. 218 et ss.

⁸⁸⁷ Voy. P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, vol. 297, 2002., p. 136, 139.

⁸⁸⁸ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 221 soulignant ainsi que « sous son premier aspect, la réciprocité concerne la conclusion du traité alors que dans sa dimension matérielle, elle touche au fond de l'obligation, c'est-à-dire à son exécution. Dès lors, si l'obligation intégrale peut être formellement réciproque, lorsqu'elle est formulée dans un traité par exemple, elle est en revanche matériellement non-réciproque », et dans ce sens L.A. SICILIANOS, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », op. cit., pp. 58-60.

⁸⁸⁹ Voy. pour exemple CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, op. cit., §239 évoquant un instrument qui « déborde le cadre de la simple réciprocité ». A dire vrai, nous préférons mobiliser la notion de traité loi en raison de l'amalgame qui est souvent opéré entre les obligations dites intégrales et les obligations interdépendantes, voire avec les obligations *erga omnes/partes*. Partant du fait que les obligations *intégrales* sont des obligations

applicable à la Convention de Paris. Les objectifs de la Convention de Paris s'articulent autour de l'équilibre entre protection effective des droits des individus innocents face aux dangers acceptés du nucléaire, et protection de ceux qui l'exploitent dans « l'intérêt [présumé] de l'humanité tout entière »⁸⁹⁰. En ce sens, il ne s'agit plus pour les États de se concéder mutuellement des avantages, mais de se réunir autour de cet intérêt commun dont ils sont « désireux » et « convaincus par sa nécessité »⁸⁹¹. Quand bien même d'aucuns pourraient ici considérer que les obligations contenues dans la Convention de Paris ne sont pas totalement protectrices des individus parce qu'elles prévoient des concessions au « droit à réparation » en faveur du développement de l'énergie nucléaire⁸⁹², il s'agirait là d'un argument peu opérant. En effet,

« quoi qu'il puisse paraître de prime abord, le critère de l'obligation intégrale est lui-même formel avant que d'être matériel. Ce qui révèle l'obligation intégrale, en d'autres termes, ce n'est pas qu'elle porte sur les droits de l'homme, de la femme, de l'enfant ou de l'orphelin ! C'est qu'elle échappe au régime de la réciprocité quant aux conséquences de droit attachées à sa violation. Si, demain, les États parties à la Convention baleinière internationale [...] décident de l'appliquer aux cétacés parce que leur compassion pour les cachalots devient prédominante, ils pourront en décider ainsi ! »⁸⁹³.

De plus, on ne peut nier que les individus (victimes puis exploitants) restent les principaux destinataires de ce régime de responsabilité nucléaire dont l'application, même si elle résulte des lois nationales faisant application de la Convention, est garantie à tout individu subissant un dommage, *quel que soit le lieu où il est subi* sur les territoires des parties contractantes et au-delà de leurs frontières. Même si la non-réciprocité au sein de l'application du traité suffit, il faut en effet souligner que cette Convention s'applique également aux dommages subis sur le territoire des États non contractants, particulièrement lorsque ces derniers ne sont pas des États nucléaires⁸⁹⁴. De plus, la Convention prévoit une application « sans aucune discrimination fondée sur la nationalité, le domicile ou la résidence »⁸⁹⁵. Cette indifférence renforce ainsi l'idée que l'exécution de ses obligations par une autre partie contractante est sans lien avec leur respect par les autres États contractants, et cela bien qu'il faille encore que plusieurs accidents nucléaires surviennent simultanément pour que soit envisagé une réalité pratique⁸⁹⁶. Les États sont donc bien mus par un intérêt commun illustrant une idée de

non réciproques, l'idée est née qu'elles ne se ramènent pas à un faisceau de relations bilatérales et que leur exécution scrupuleuse par tous les États liés constitue une condition *sine qua non* pour le fonctionnement du régime instauré, et qu'elles seraient ainsi dominées par une sorte de *réciprocité globale* en ce sens que chacun s'exécute parce que les autres en font de même (ce qui serait en réalité le cas des obligations interdépendantes) : voy. pour exemple C.D.I. « Projet d'article sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *ACDI*, 2001, vol. II(2), comm sous article 42, p. 319, § 6. Plus encore, d'aucuns ont pu considérer qu'elles feraient partie du concept plus large d'obligation *erga omnes*. Or tel n'est pas forcément le cas. Que des obligations ne soient pas réciproques n'emporte pas forcément la conséquence que leur respect dépende du respect par les autres États liés (comme cela est le cas des obligations interdépendantes), et n'emporte peut-être pas forcément les conséquences résultant de la violation d'obligation *erga omnes*. Ainsi, les obligations contenues dans la *Convention de Paris* seraient des obligations intégrales. En revanche, nous ne sommes pas convaincus de leur caractère *erga omnes* ou totalement indivisibles.

⁸⁹⁰ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *RIDC*, vol. 11, 1959, p. 511.

⁸⁹¹ *Convention de Paris* (2004), préambule, §§ 3-4.

⁸⁹² Voy. *infra* Titre II.

⁸⁹³ P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 141. L'auteur souligne ainsi que « la non-réciprocité des obligations est souvent déduite, quoique par un choix délibéré des États concernés, de la nature des droits et intérêts protégés. Lorsque ces derniers concernent non la protection individuelle des souverainetés mais la promotion ou la sauvegarde d'un intérêt appartenant à une collectivité (partielle ou universelle) transcendant celui de chacune de ses composantes étatiques, sa régulation normative aura toutes chances de donner lieu, par voie conventionnelle, à l'adoption d'un traité intégral ».

⁸⁹⁴ Sur ce point voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 1.

⁸⁹⁵ *Convention de Paris* (2004), art. 14.

⁸⁹⁶ Rapprochez avec J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 223-224.

« garantie collective »⁸⁹⁷ autorisant à considérer que le traité, par le biais de ces obligations, constitue bien « un traité intégral »⁸⁹⁸ poursuivant une « fonction législative »⁸⁹⁹, même si l'effectivité de ces droits résulte de l'application de la loi nationale.

Secondement, pour en revenir à l'influence de la méthode interprétative, il faut ici rappeler que l'objet de notre propos est d'exposer les arguments susceptibles d'appuyer une réinterprétation de la Convention de Paris aux fins d'y intégrer les activités de fusion dans une approche *de lege ferenda*. Sans préjuger de l'exclusivité de cette méthode aux traités-lois et surtout sans préjuger de la marge de manœuvre dont pourrait disposer l'interprète⁹⁰⁰, il s'agit simplement de souligner que la nature de la Convention de Paris peut conférer à l'ensemble de l'opération interprétative un caractère finaliste pour la réalisation des objectifs du texte. Ainsi, l'on ne saurait arguer que la nature de la Convention de Paris « oblige » une interprétation évolutive⁹⁰¹. Mais sa nature constitue « un terrain favorable à cette méthode » ou une « référence préliminaire »⁹⁰² : l'attention accordée à l'élément téléologique justifiant la construction d'une interprétation qui permettrait aux dispositions conventionnelles instituant le régime de déployer tous leurs effets, renvoyant d'abord à la notion « [d'] effet utile », puis, par ricochet, à une interprétation évolutive.

2. Une promotion autorisant une réinterprétation du terme réacteur

216. Le lien entre l'interprétation téléologique et l'interprétation évolutive. S'il vient d'être admis que la nature normative de la Convention de Paris autorise à favoriser l'argument téléologique, c'est en tenant compte de l'objet et du but de cette dernière que l'on peut désormais justifier l'actualisation des normes nécessaire à en maintenir l'efficacité. Quoiqu'il ne faille pas confondre l'interprétation téléologique, qui vise à « éclairer le sens du terme en fonction de leur finalité »⁹⁰³ et l'interprétation évolutive qui suppose un résultat prédéterminé, l'une et l'autre sont néanmoins étroitement liées. Dans le cadre de l'interprétation évolutive, il s'agit « pour l'interprète d'actualiser le sens de la norme en fonction des évolutions survenues depuis la conclusion de l'accord, cette technique se mesure en effet à l'aune de la finalité qu'elle poursuit »⁹⁰⁴. Dès lors, ces deux techniques « ne fusionnent pas, mais

⁸⁹⁷ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §239 ; CEDH, *Kapetanios et a. c. Grèce*, 30 avril 2015, req. n°3453/2, 42941/12, 9028/13, § 70.

⁸⁹⁸ P-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 141.

⁸⁹⁹ F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité : recherches sur l'obligation intégrale en droit international*, *op. cit.*, p. 259

⁹⁰⁰ Voy. *infra* Section 2.

⁹⁰¹ Voy. F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », *op. cit.*, p. 29 relevant la position de certains pour qui la nature de la Convention européenne des droits de l'homme et son principe de développement matérialiserait « l'existence d'une obligation de procéder de manière évolutive ».

⁹⁰² On se rapproche là de l'idée présentée par Julie FERRERO pour qui, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voire de la Cour interaméricaine, que la nature du traité apparaît davantage comme un vecteur médiateur de la méthode évolutive. Sans apparaître comme un argument principal ou la cause de la méthode interprétative, elle constituerait « une référence allusive préliminaire » : voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 227-229 et dans le même sens F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la CourEDH », *op. cit.*, p. 461.

⁹⁰³ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 144.

⁹⁰⁴ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 144 et dans le même sens R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 537 et E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH.*, 2008, p. 392.

se succèdent, puisque c'est pour réaliser le but du traité que la norme sera interprétée de manière évolutive »⁹⁰⁵.

217. Plan. En considérant la nécessité de préserver l'objet et le but de ce traité résultant de sa détermination historico-dynamique telle qu'opérée *supra*, le moyen téléologique intervient « en amont de l'interprétation évolutive »⁹⁰⁶. Il peut autoriser à rechercher une maximisation de l'effet utile de la Convention (a.). Cette maximisation autorise, par ricochet, à ce que soit proposée une interprétation évolutive du terme *réacteur* — confirmée par l'étude de la pratique de certaines juridictions (b.).

a. *La maximisation de l'effet utile de la Convention*

218. Un argument ni monolithique ni absolu. « Maxime interprétative »⁹⁰⁷ ou « règle méthodologique »⁹⁰⁸ pour certains, « argument interprétatif »⁹⁰⁹ pour d'autres, l'effet utile accorde une place centrale à l'idée de nécessité parce qu'il guide un besoin d'efficacité⁹¹⁰. On observe ainsi dans une poignée de jurisprudences internationales et dans la doctrine, une tendance à lier la règle de l'effet utile à la réalisation de l'objet et du but du traité, à tout le moins à une volonté « raisonnée » de réaliser les objectifs du traité⁹¹¹. L'argument de l'effet utile n'est en effet ni monolithique ni absolu. Dans son acceptation originelle, celle du moins envisagée lors de la rédaction de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le principe ne permettait aucune interprétation extensive. Il visait à donner au texte son effet ni plus ni moins, et pour ainsi dire, une interprétation adéquate⁹¹². Cela explique qu'il n'apparaisse pas dans le texte de la Convention codificatrice ; le principe est sous-entendu dans la règle générale d'interprétation à travers le recours à la « bonne foi » et à « l'objet et au but », et par le fait qu'une telle règle ne tolère pas de laisser un texte sans effet⁹¹³. Dans ce sens le plus étroit, la règle *ut res magis valeat quam pereat* a donc souvent été perçue comme un « bouclier »⁹¹⁴ contre des interprétations extensives, parce qu'elle repose initialement sur l'idée qu'aucun terme ne saurait être

⁹⁰⁵ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 145 faisant référence aux mots de P. WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », op. cit., p. 188 pour qui l'interprétation évolutive fait partie des « méthodes d'interprétation dynamiques [qui] peuvent se réclamer de la nécessité de respecter l'objet et le but du traité ».

⁹⁰⁶ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 144

⁹⁰⁷ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 13^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 215.

⁹⁰⁸ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., pp. 263-264.

⁹⁰⁹ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 583.

⁹¹⁰ Voy. C. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 129, 1970, pp. 480-483.

⁹¹¹ Voy. V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., pp. 164 et ss et entre autres CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, 20 décembre 1988, *Rec. CIJ*, p. 89, § 45 ; CIJ, *Ile de Kasikili/Sedudu*, op. cit., p. 1102, § 93 ou encore CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriale entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, 15 février 1995, *Rec. CIJ*, pp. 18-19, § 35.

⁹¹² Voy. M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », op. cit., p. 73 et CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, avis consultatif, 18 juillet 1950, *Rec. CIJ*, p. 229 : « [L]a Cour est appelée à interpréter les traités, non à les réviser. Le principe d'interprétation exprimé par la maxime *ut res magis valeat quam pereat*, principe souvent désigné sous le nom de principe de l'effet utile, ne saurait autoriser la Cour à entendre la clause de règlement des différends insérée dans les traités de paix dans un sens qui, comme il vient d'être exposé, contredirait sa lettre et son esprit », et dans le même sens CIJ, *Sud-Ouest Africain (Éthiopie c. Afrique du Sud)*, 18 juillet 1966, *Rec. CIJ*, p. 48, §91.

⁹¹³ Voy. L. EHRLICH, « L'interprétation des traités », *RCADI*, vol. 24, 1928, p. 81 ; *ACDI*, 1964, vol. II, p. 212 ; *ACDI*, 1966, vol. II, pp. 238-239 : « [L]orsqu'un traité est susceptible de deux interprétations, dont l'une permet et l'autre ne permet pas qu'il produise les effets voulus, la bonne foi et la nécessité de réaliser le but et l'objet du traité exigent que la première de ces deux interprétations soit adoptée » et rapprochez OA, *États-Unis-Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule*, rapport du 24 avril 1996, WT/DS/AB/R, pp. 25-26 ; OA, *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, rapport du 4 octobre 1996, op. cit., p. 14, et V. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., pp. 166-168, et pour la CEDH J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 136 citant pour exemple *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, req. n°46827/99 et 46951/99, § 123.

⁹¹⁴ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 584.

dépourvu de sens et d'efficacité⁹¹⁵. La tendance à lier l'effet utile à la réalisation des objectifs du traité a pourtant et paradoxalement mené à dévoiler un aspect extensif de la règle, connue sous la dénomination « d'effet utile maximal »⁹¹⁶. Sous cet aspect, l'effet utile vise alors à développer au maximum les potentialités juridiques de la norme⁹¹⁷ et peut, par ricochet, appeler à une interprétation évolutive. Il devient donc intéressant, car l'actualisation des dispositions de la Convention de Paris paraît indispensable au maintien de son efficacité raison faite du développement de l'industrie de fusion nucléaire.

219. Un argument commandant la prise en considération de l'objet et du but téléobjectif. Cette vision extensive de la règle de l'effet utile est toutefois critiquable parce qu'elle munit l'interprète d'un pouvoir quasi législatif. Ce dernier doit s'assurer que l'interprétation qu'il entend entreprendre a les faveurs des parties elles-mêmes. Une telle garantie peut dépendre de la qualité de l'interprète lui-même, comme nous le verrons *infra*, mais peut également se voir modulée au regard du texte et du contexte du traité ainsi que de son objet et de son but, expression de l'intention des parties⁹¹⁸. Or, dans le cas de la Convention de Paris, le texte brut permet une interprétation évolutive⁹¹⁹, mais le contexte comme l'objet et le but présentent une certaine ambivalence. Déterminés dans une approche « télésubjective », l'objet et le but de la Convention paraissent limiter la légitimité d'une réinterprétation du terme *réacteur*⁹²⁰. Mais combinés avec une approche « téléobjective » de son objet, respectueuse de l'intention des parties, ils ouvrent la voie à cette interprétation « ultra » finaliste.

L'interprète alors investi du projet qui sous-tend la norme pourra adopter une démarche schématisée par Julie FERRERO⁹²¹ comme suit :

- 1^{re} étape : L'objectif de la Convention de Paris est d'offrir une indemnisation prompte et adéquate aux victimes d'accidents nucléaires tout en favorisant le développement de l'industrie.

⁹¹⁵ Voy. Opinion individuelle du juge ANZILOTTI in CPJL, *Affaire franco-helléniques des phares*, 17 mars 1934, Série A/B, n°62, p. 31 et CIJ, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, 9 avril 1949, *Rec. CIJ*, p. 24 : « il serait en effet contraire aux règles d'interprétation généralement reconnues de considérer qu'une disposition de ce genre, insérée dans un compromis, soit une disposition sans portée et sans effet », et dans le même sens CIJ, *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/ Tchad)*, 3 février 1994, *Rec. CIJ*, p. 25, § 51 ; CIJ, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toute les formes de discriminations raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, 1 avril 2011, *Rec. CIJ*, p. 126, §134.

⁹¹⁶ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 585-586

⁹¹⁷ Cela est particulièrement utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme : voy. pour exemple, avec un cas qui n'est pas sans rappeler notre objet d'étude CEDH, *Oneriyildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, req. n°48939/99, § 69 dans lequel la Grande chambre pour étendre l'article 2 aux obligations positives des États de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes en cas d'activités dangereuses a considéré que « dans sa manière d'aborder l'interprétation de l'article 2, elle est guidée par l'idée que l'objet et le but de la Convention, en tant qu'instruments de protection des êtres humains, appellent à comprendre et à appliquer ses dispositions d'une manière qui rende ses exigences concrètes et effectives ». Pour d'autres juridictions : voy. TPIY, 10 déc. 1998, IT-95-17/1, *Le Procureur c/ Furundzija*, § 162 (qualification d'un viol comme un acte de torture) ou TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh c/ Myanmar)*, *op. cit.*, § 391 (extension des compétences d'un organe).

⁹¹⁸ Autrement dit, cela ne doit pas mener à une révision du traité comme évoqué plus haut et comme il le sera rappelé *infra* Section 2 : voy. CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, *op. cit.*, p. 229 ; CIJ, *Sud-Ouest Africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, *op. cit.*, p. 48, §91 et l'opinion de G. FITZMAURICE dans l'affaire CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 37 qui appelait à la prudence en considérant « [qu'] il appartient aux États dont le consentement constitue la base de la Convention, et la seule source de sa force obligatoire, de combler la lacune ou réparer la faiblesse par un amendement, et non point à une juridiction de se substituer aux auteurs de la Convention et d'accomplir leur tâche à leur place. À partir du moment où des interprétations larges du genre de celle dont on parle sont adoptées par une cour, sans trouver d'appui solide et manifeste dans le libellé du texte ni dans des conclusions nécessaires tirées de lui par inférence [...] la liberté d'action aura été compromise ». Plus généralement voy. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 597 et ss et A. GESLIN, « Interprétation. Techniques et modalités d'interprétation », *op. cit.*, §119.

⁹¹⁹ Voy. *supra* § 1, A.

⁹²⁰ Voy. *supra* § 1, B.

⁹²¹ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 197.

- 2^e étape : Le maintien de l'effectivité de ce régime et de la poursuite de ce but nécessite qu'il soit actualisé pour garantir cette réparation aux dommages issus de la fusion nucléaire et favoriser son développement.
- 3^e étape : La poursuite de ce but requiert donc que son champ d'application soit interprété de manière évolutive.

Au regard de tout ce que l'on vient d'exposer, la réalisation de l'objet et de son but peut donc exiger une interprétation évolutive de ses dispositions conventionnelles aux fins d'intégrer les activités de fusion.

b. Une maximisation autorisant une interprétation évolutive

220. L'ambivalence révélée de l'argument reposant sur l'objet et le but. Dans le cadre de notre étude, la référence à l'objet et au but constitue un palliatif, une alternative, à l'incertitude de l'évolutivité du terme *réacteur*⁹²². Par une exploitation objective de l'objet et du but, il devient possible de jouer de l'abstraction du terme *réacteur* et d'ainsi adapter la convention de Paris aux évolutions de l'utilisation de l'énergie nucléaire. Arrivé à ce stade de l'étude, il faut toutefois remarquer que l'idée selon laquelle la réalisation de l'objet et du but d'un traité commande une interprétation évolutive de ses dispositions ne nous est en réalité pas étrangère. En fait, l'objet et le but du traité constituent tant un moyen d'interprétation évolutive qu'il en justifie la nécessité. Parce que GROTIUS paraissait jadis avoir mis en exergue cette nécessité de considérer les potentialités évolutives d'un traité par référence à son objet et son but⁹²³, l'idée pointait déjà dans la « règle » d'interprétation évolutive posée par la Cour internationale de justice dans l'arrêt *Différend relatif à des droits de navigation et autres droits connexes*⁹²⁴. En visant les traités conclus pour une « longue période ou sans limite de durée », elle matérialisait cette idée que la poursuite des objectifs sur le long terme devait au fond impliquer cette actualisation. La différence est simplement que dans notre présent cas, l'objet et le but présentent une double fonction : ils justifient autant qu'ils autorisent l'interprétation évolutive. Arrivé au terme de notre démonstration, il convient encore de montrer que celle-ci peut trouver un appui pratique.

221. Une confirmation finale du raisonnement par la pratique des juridictions. La pratique internationale présente des exemples dans lesquels le moyen téléologique a ainsi guidé une interprétation dynamique — et non statique — des termes ou des dispositions à interpréter, devenant « un indicateur de l'évolutivité de la norme »⁹²⁵. Implicitement, la référence à l'objet et au but du traité a guidé certaines interprétations dynamiques opérées par la Cour internationale de Justice. Dans l'avis relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, elle semblait ainsi admettre que l'interprétation opérée dans l'affaire sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue l'Afrique du Sud en Namibie*⁹²⁶ devait avoir reposé, certes sur le caractère

⁹²² Pour rappel, si certaines notions sont évolutives *per se*, d'autres se voient attribuer une telle caractéristique en interprétant l'objet et le but du traité les contenant, ce qui justifiait initialement notre propos : voy. G. DISTEFANO, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *op. cit.*, p. 394 ; O. INAGAKI, "Evolutionary interpretation of Treaties Re-examined : the two stage reasoning", *op. cit.*

⁹²³ Voy. GROTIUS, *Le droit de la guerre et le droit de la paix* (1625), trad. Par P. PRADIER-FODÉRE, Paris, PUF, 1999, pp. 409-410 référencé par G. DISTEFANO, « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *op. cit.*, p. 394.

⁹²⁴ Voy. *supra* § 1, A, 1.

⁹²⁵ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p.140

⁹²⁶ Voy. *supra* § 1, A, 1.

évolutif du terme, mais également sur les finalités de la Charte des Nations Unies⁹²⁷. De même, les finalités du traité apparaissent en filigrane de l'interprétation requise par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt *Cilfit*⁹²⁸. Le tribunal arbitral dans l'*Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe de Saint-Laurent entre le Canada et la France* semblait également sous-entendre que l'interprétation évolutive était nécessaire à la préservation de la finalité de dispositions conventionnelles⁹²⁹.

La démarche est plus claire, voire plus audacieuse encore, dans le raisonnement du tribunal de la Cour permanente d'arbitrage en l'*Affaire relative à la ligne du Rhin de fer* opposant la Belgique et les Pays-Bas, et dont la problématique de fond porte quelques ressemblances avec notre cas d'étude. En l'espèce, un différend était né entre les deux États concernant la question de savoir à qui incombaient les coûts relatifs à la modernisation d'une partie de cette ligne ferroviaire dite du « Rhin de fer ». En vertu d'un traité conclu entre eux, les coûts de « prolongement » étaient imputables à la Belgique et les « simples » coûts d'entretien aux Pays-Bas. Cependant, pour ce dernier, les travaux envisagés dans le cadre de cette modernisation étaient si importants qu'ils ne pouvaient s'analyser comme de simples coûts d'entretien, et ce au regard des nouvelles normes et évolutions technologiques en la matière. Le tribunal avait alors penché, « à bon escient » pour « un mélange adroit entre les différentes composantes de la règle générale de l'article 31 »⁹³⁰ afin d'étayer une approche évolutive des droits et obligations des parties. Prenant appui sur l'objet et le but du traité en question, les arbitres avaient considéré que

« [e]n l'espèce, il n'est pas question ici d'un terme conceptuel ou générique, mais plutôt de développements techniques nouveaux, relatifs à l'exploitation et à la capacité du chemin de fer. Toutefois, là aussi, il semble qu'une interprétation évolutive, qui permettrait une application efficace en termes d'objet et de but, soit préférable à une application stricte de la règle intertemporelle »⁹³¹.

Enfin, cette même idée se retrouve encore dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, les affaires sont nombreuses dans lesquelles cette dernière a clairement établi les liens entre l'objet et le but, l'effet utile et l'interprétation évolutive en déclarant qu'

« [i]l est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives. Si la Cour n'adoptait pas une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration »⁹³².

⁹²⁷ Voy. CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Rec. CIJ*, p. 172, § 88 et G. DISTEFANO, « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *op. cit.*, p. 394.

⁹²⁸ Voy. CJCE, 6 octobre 1982, *Cilfit c/Ministère italien de la santé*, 283/81, *Rec. CJCE*, p. 3415. Rapprochez CJCE, 16 février 1978, *Commission c. Irlande*, 61/77, *Rec. CJCE*, p. 417 et voy. E. BORÉ-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, *op. cit.*, p. 186 ; P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », *op. cit.*, p. 362.

⁹²⁹ Voy. *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du Golfe Saint Laurent entre le Canada et la France*, *op. cit.*, §§ 36-37, et également *Affaire relative à l'Or de la Banque nationale d'Albanie (États-Unis d'Amérique, France, Italie, Royaume-Uni)*, sentence du 20 février 1953, *RSA*, vol. XII, pp. 40-42.

⁹³⁰ G. DISTEFANO, « Les techniques interprétatives de la norme internationale », *op. cit.*, p. 395

⁹³¹ *Ligne du Rhin de Fer (Belgique c. Pays-Bas)*, Sentence arbitrale du 24 mai 2005, *R.S.A.* vol. XXVII, §§80-82.

⁹³² CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, req. n°46295/99, § 68 ; CEDH, *Scoppola c. Italie*, 17 septembre 2009, req. n° 10249/03, § 104 ; CEDH, *Khamtougku et Aksenchik c. Russie*, 24 janvier 2017, req. n°60367/08 et 961/11, § 36, et dans cette idée CEDH, *Serguei Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, req. n°14939/03, § 78 et plus généralement J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 135 et ss.

222. Conclusion du §. Par cette analyse de quelques cas jurisprudentiels, l'on achève de démontrer que l'objet et le but du traité constituent une indication fondamentale pour l'interprète de la nécessité de procéder à une interprétation évolutive du texte, lorsque ses objectifs et son effet utile exigent une actualisation. Ce dernier s'orientera alors vers ce que le texte « *doit* signifier du point de vue finaliste eu égard à un problème nouveau »⁹³³. Dans le cadre de notre étude, l'interprétation évolutive par l'objet et le but constitue autant un moyen alternatif à l'absence du caractère évolutif *per se* du terme *réacteur* qu'une justification au recours d'une telle méthode.

223. Conclusion de la Section. Deux critères ont été dégagés pour déterminer le caractère évolutif de la Convention de Paris. Le premier réside dans la nature du terme *réacteur*, intrinsèquement spécifique ou « générique » et donc évolutif. Le second critère tient à l'objet et au but de la Convention qui, pour sa réalisation, peuvent exiger l'adaptation de son champ d'application aux évolutions de circonstances telles que le développement de la fusion nucléaire. Ainsi l'interprétation évolutive du terme *réacteur* serait rendue possible par le caractère holistique des règles d'interprétation qui constitue une « fonction argumentative » plus qu'une formule « mathématique infaillible »⁹³⁴ et permet « cette "respiration" de la norme [...] particulièrement importante en droit international dans lequel elle pallie la carence de législateur — c'est-à-dire l'absence "d'adaptateur" du droit »⁹³⁵. Cela étant, et sans dénier tout intérêt à l'étude précédemment menée, laquelle est apparue nécessaire autant pour comprendre l'intérêt de l'interprétation dans notre cas que pour en asseoir la possibilité théorique, il reste que la fonction argumentative de notre propos peut être fortement relativisée en fonction de l'identité de l'interprète. En effet, quoique les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités valent *a priori* pour le juge comme pour l'État, il s'agit là d'un point de vue tout à fait formel. À la différence du juge, l'État peut se permettre infiniment plus de libertés pour une réinterprétation du terme *réacteur*.

Section 2. Les modalités d'une (ré)interprétation de la Convention de Paris

224. L'interprétation, une loi du plus fort ? L'interprétation en droit international est à l'image de ce droit, quelque peu primitif. Exceptionnellement centralisée, la compétence pour interpréter appartient « à l'ensemble de ses sujets et, individuellement, à chacun d'eux »⁹³⁶. Or parce qu'explicitement ou implicitement, l'interprétation est un élément indissociable et incontournable de la mise en œuvre du droit international, un grand nombre de sujets ou agents sont appelés à en interpréter les normes⁹³⁷. La question de savoir « qui » interprète s'avère donc aussi riche de conséquences que celle de savoir « comment » on interprète⁹³⁸. Il en résulte que le droit international conventionnel connaît cette

⁹³³ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 536.

⁹³⁴ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 183

⁹³⁵ A. PELLET, « Avant-propos : les techniques interprétatives de la norme internationale », *RGDIP*, vol. 115, 2011, p. 295.

⁹³⁶ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, op. cit., p. 169

⁹³⁷ Voy. R.E. FIFE, « Les techniques interprétatives non juridictionnelles de la norme internationale », op. cit., p. 367 ; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, op. cit., pp. 109 et ss.

⁹³⁸ Voy. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 286 ; D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », op. cit., p. 223.

tendance à se retrouver « dans la fâcheuse position évoquée par *Humpty Dumpty* à l'égard du langage — c'est-à-dire potentiellement soumis à la loi du plus fort »⁹³⁹ :

« — Quand, moi, j'emploie un mot, dit *Humpty Dumpty* avec dédain, il signifie ce que je veux qu'il signifie, ni plus ni moins.

— La question est de savoir si on peut faire que les mots signifient autant de choses différentes, dit Alice.

— La question est : “qui est le maître ?”, répondit *Humpty Dumpty*, un point c'est tout ! »⁹⁴⁰.

Des enjeux de pouvoir se dessinent donc autour de l'identification de l'interprète et de ses fonctions en droit international⁹⁴¹. Elles sont susceptibles de prendre d'autant plus d'ampleur dans la situation nous occupant : celle de la « frontière poreuse » entre « dire le droit » et « créer le droit »⁹⁴². Dans ce cas, l'étude de l'identification et de la définition de l'interprète présente une importance certaine parce qu'elle fait justement apparaître « un point d'emprise enviable » sur le droit quand toute tentative d'encadrer juridiquement les méthodes d'interprétation peut faire défaut⁹⁴³. Or en dépit des exemples jurisprudentiels qui ont fait l'objet d'une étude *supra*, le juge est *a priori* péremptoire sur le fait qu'il est appelé à interpréter un traité et non à le réviser⁹⁴⁴. En revanche, cela change lorsque l'interprète n'est plus le juge, mais l'auteur ou les auteurs de la norme. Dans ce cadre, l'interprétation revêt une autorité et une légitimité telle qu'elle dévoile des potentialités certaines pour opérer une modification du traité si bien qu'elle « usurper[ait] ainsi son nom »⁹⁴⁵. Il y a donc un enjeu à classer, dans un ordre juridique « croulant » sous les interprètes potentiels, les différents auteurs de l'interprétation que nous proposons et le cas échéant l'autorité à attacher à cette dernière⁹⁴⁶. Pour cela, il est courant d'opérer une distinction simple entre l'interprétation qui est le fait de l'auteur ou des auteurs de la norme — dite « authentique » — et celle que profère un tiers. Telle est la dichotomie qui ressortira d'ailleurs de la structure de notre propos.

225. Plan. Si l'on peut présumer du caractère d'autorité, de légitimité et sécurité que revêt l'interprétation authentique concertée, c'est par le prisme des règles du droit international général que

⁹³⁹ J-F. LEVESQUE, « Traité de verre – réflexions sur l'interprétation », *R.Q.D.I.*, (2006) 19.1, p. 76.

⁹⁴⁰ Lewis CARROLL, *Alice de l'autre côté du miroir*, 1872, trad. Michel Laporte, Librairie Générale française, 2010, p. 88.

⁹⁴¹ D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, p. 237.

⁹⁴² F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?*, *op. cit.*, p. 396 ; J-M. THOUVENIN, « Le “mode d'emploi” des déclarations interprétatives » in SFDI, *Actualité des réserves aux traités*, Paris, Pedone, 2014, p. 70.

⁹⁴³ Voy. D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, pp. 223-224.

⁹⁴⁴ Voy. ainsi les références déjà évoquées, notamment : CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, *op. cit.*, p. 229 et CIJ, *Sud-Ouest Africain (Éthiopie c. Afrique du Sud)*, *op. cit.*, p. 48, § 91 et p. 36, §57 dans lequel la Cour avait précisé « [qu']il n'appartient pas à la Cour de postuler l'existence de ces droits pour éviter de telles conséquences. Ce faisant, elle se livrerait à une tâche essentiellement législative, pour servir des fins politiques qu'il n'entre pas dans les fonctions d'un tribunal de favoriser, si désirable cela soit-il ». Voy. en sus CIJ, *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c/ États-Unis)*, *op. cit.*, p. 196 ou encore *Affaire concernant un litige frontalier entre la République Argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy (« Laguna del Desierto »)*, sentence du 21 octobre 1994, *RSA*, vol. XXII, p. 25, § 75. De même, on peut de nouveau évoquer l'opinion dissidente de G. FITZMAURICE dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 37 et lui ajouter celle de G. NICOLAOU à laquelle s'était rallié un grand nombre de juges sous l'arrêt *Scoppola c. Italie* : « bien que la présente cause ne l'exige pas, la majorité a procédé à l'examen de l'affaire sous l'angle de l'article 7, paragraphe 1, et, pour appliquer celui-ci, l'a réécrit afin de le rendre conforme à ce qu'elle estime qu'il aurait dû dire. Nous nous permettons de dire que cela dépasse les bornes ». Enfin, on pourra s'en référer à l'article 3, paragraphe 2, du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC qui dispose que « les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ». Voy. plus généralement sur cette question D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, pp. 229 et ss ; G. GUILLAUME, « Regards croisés sur la mise en œuvre des techniques interprétatives de la norme internationale – Discutant », *RGDIP*, vol. 115, 2011, p. 418.

⁹⁴⁵ M. VIRALLY, « Préface » in I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris, Pedone, 1968, p. VII.

⁹⁴⁶ D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, p. 261.

seront d'abord envisagées les modalités d'une réinterprétation de la Convention de Paris (§ 1). Ce n'est que par la suite, et du fait des conclusions tirées de cette première étude, que sera envisagé l'intérêt de recourir aux mécanismes que suppose le cadre fortement institutionnalisé de la Convention de Paris. Ces derniers feront ainsi apparaître des procédés participant à brouiller les frontières entre interprétation authentique et interprétation par le tiers, et à l'égard desquels la fonction argumentative des règles d'interprétation sera susceptible de prendre toute son ampleur (§ 2).

§ 1. Une interprétation authentique en vertu du droit international général

226. L'intérêt de l'interprétation authentique. Suivant la maxime « *ejus est interpretari cujus est condere* »⁹⁴⁷, l'auteur d'une norme est souvent considéré comme le « meilleur » interprète possible parce que l'on suppose qu'il est le seul à pouvoir décider ce qu'il y a lieu de vouloir⁹⁴⁸. Par principe, l'interprétation du droit international ne devrait pas s'opposer à cette idée. Elle appelle néanmoins que soient apportées deux précisions qui résultent de la particularité du droit des traités. Dans ce domaine, le principe de l'interprétation authentique connaît quelques distorsions. D'une part, si l'on peut présumer qu'un acte connaît au moins autant d'auteurs que de parties, il arrive, en droit international, que ces mêmes parties n'aient pas été les auteurs de l'acte conventionnel à interpréter. Pour cela, on remarquera la nuance apportée à la règle par la Cour permanente de Justice internationale lorsqu'elle avait considéré que « suivant une doctrine constante, le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la *modifier* ou de la *supprimer* »⁹⁴⁹. De même, la Cour internationale de Justice a précisé que le droit d'interprétation appartient « en propre » aux États qui y sont « devenus parties »⁹⁵⁰. D'autre part, les traités sont des engagements collectifs qui peuvent donner lieu à des divergences d'interprétation. L'interprétation authentique des traités internationaux appelle donc un pouvoir d'interprétation collectif des États en vertu « de leur compétence générale pour conclure entre eux des accords et déterminer en détail le régime juridique de ces accords ». Parce qu'il est exercé collectivement, il « n'a pas d'égal »⁹⁵¹. En exprimant la volonté directe de toutes les parties au traité⁹⁵², l'interprétation authentique concertée est ainsi la forme la plus « autoritaire » d'interprétation et, partant, la plus utile. En tant qu'interprètes légitimes de la norme, les États pris comme un ensemble sont *de facto* autorisés à se départir des exigences posées par la règle d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁹⁴⁷ « L'interprétation de la loi appartient à celui qui l'a établie ».

⁹⁴⁸ Voy. M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités » *op. cit.*, pp. 80-82. ; D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, p. 241 ; I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, pp. 73 et ss. ; C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, *op. cit.*, pp. 20 et ss ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 288 et ss.

⁹⁴⁹ C.P.J.I., *Jaworzina (frontière polono-tchécoslovaque)*, avis consultatif, 6 décembre 1923, Série B n° 8, p. 38

⁹⁵⁰ C.I.J., *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, p. 20 ; D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, pp. 244-245.

⁹⁵¹ I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁵² Voy. J-F. LEVESQUE, « Traités de verre – réflexions sur l'interprétation », *op. cit.*, p. 70. Dans ce sens, l'interprétation authentique est parfois désignée sous le vocable « authoritative interpretation » par la doctrine anglo-saxonne : voy. I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, p. 86 ; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, *op. cit.*, p. 355.

L'interprétation authentique pourrait donc permettre une modification déguisée de la Convention de Paris. Tel sera du moins ce que le prochain propos aura pour vocation de questionner.

227. Le(s) modalité(s) de l'interprétation authentique. On reconnaît traditionnellement deux modes d'interprétation authentiques. Il s'agit de ceux qui sont d'ailleurs mentionnés à l'article 31.3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : l'accord ultérieur d'interprétation et la pratique ultérieurement suivie par les parties comme établissant leur accord sur l'interprétation⁹⁵³. Ces deux modes d'interprétation peuvent en effet revêtir cette fonction secondaire, bien que non assumée, de servir de moyen d'actualisation informel d'un traité⁹⁵⁴, notamment lorsqu'il matérialise une interprétation évolutive par les parties. Dans ce cadre, l'accord ultérieur d'interprétation ne pose d'ailleurs pas de difficulté particulière. Émanant directement des parties, il nécessite la réunion de leurs volontés sur le sens à donner au texte. Le cas est en revanche différent de la pratique subséquente qui fait objet de discussions récurrentes dans la doctrine internationaliste. Elle revêt pourtant un intérêt certain lorsqu'elle est réputée constituer un *accord tacite* et qu'elle permet d'outrepasser tant la rigidité des procédures formelles d'amendement que les exigences de tout autre accord écrit qu'il soit constitutif d'une interprétation. Alors que l'on tend bien souvent à distinguer ces deux méthodes, en conférant à l'accord interprétatif le caractère d'une véritable interprétation authentique et à la pratique subséquente celui d'une interprétation « quasi-authentique »⁹⁵⁵, on se gardera pourtant de les opposer.

228. Plan. Parce que nous sommes convaincus que la pratique subséquente ne constitue en réalité qu'une modalité « non inscrite » de l'accord ultérieur d'interprétation, c'est principalement par le prisme de la pratique subséquente que seront posées les bases théoriques de cette modalité interprétative comme manifestation d'une volonté émergente des États (A.). C'est ensuite, par application *mutatis mutandis* des conclusions tirées à cet endroit, qu'il s'agira d'envisager la mesure dans laquelle un accord ultérieur, susceptible d'inscrire cette interprétation, pourrait finalement et paradoxalement apparaître plus confortable dans le cadre nous intéressant : celui d'une réinterprétation du terme réacteur de la Convention de Paris (B.).

A. La pratique subséquente comme manifestation d'une volonté évolutive émergente

229. La double définition de la pratique subséquente. Dans l'affaire *Indemnités russes*, la Cour permanente d'arbitrage avait rappelé que « l'exécution des engagements est, entre États comme entre particuliers, le plus sûr commentaire du sens de ces engagements »⁹⁵⁶. « Preuve factuelle »⁹⁵⁷ d'un commun accord entre les parties sur le sens et la portée de la disposition d'un traité, la pratique subséquente trouve son fondement juridique dans la cristallisation d'un comportement *convergent* et

⁹⁵³ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31.3 : « [i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ».

⁹⁵⁴ Voy. CDI « Premier rapport par Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités », A/CN.4/660, 2013, p. 4, § 4.

⁹⁵⁵ Voy. L. EHRlich, « L'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 48 ; M.S MCDougall, H. LASSWELL, J.C MILLER, *The interpretation of International Agreement and World Public Order*, New Haven, New Haven Press, 1994, p. 132 *contra* S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, *op. cit.*, p. 361 ; I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁵⁶ *Affaire de l'indemnité russe (Russie c. Turquie)*, Sentence arbitrale du 11 novembre 1912, RSA, vol. XI, p. 433.

⁹⁵⁷ G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, p. 46.

assonant de ces dernières. Suivant cette idée qu'un accord tacite sur l'interprétation d'un traité peut se coaguler à partir d'une pratique *constante, commune et concordante* des États parties, la pratique subséquente présume ne pas avoir pour composantes des interprétations divergentes⁹⁵⁸. Elle demeure ainsi un moyen interprétatif bien ancré en droit international dont l'autorité n'a plus fait débat depuis la codification du droit des traités⁹⁵⁹. Elle reste pourtant encore source d'ambiguïté à bien des égards. En effet, depuis que la Cour permanente de Justice internationale a considéré en 1922 que « *si une équivoque avait existé, la Cour, en vue d'arriver à établir le sens véritable du texte, aurait pu examiner la manière dont le traité a été appliqué* »⁹⁶⁰, une confusion est entretenue entre la pratique subséquente utilisée comme « élément d'interprétation judiciaire » et comme « élément d'interprétation quasi-authentique »⁹⁶¹. D'un côté, le juge tiendrait compte de la conduite subséquente des parties pour interpréter le texte. De l'autre, il serait dessaisi de sa fonction d'interprète : les parties auraient ainsi « établi une norme interprétative qu'il [serait] tenu d'appliquer »⁹⁶². Se dessine alors cette double définition de la pratique subséquente, et de la frontière poreuse qu'elle entretient entre interprétation et modification. Tantôt moyen utile aux fins de l'interprétation du traité, tantôt source même de sa modification, elle fait l'objet de controverses certaines même si sa mobilisation comme mode d'adaptation des traités a été écartée par la Convention de Vienne sur le droit des traités⁹⁶³ et, dans des termes moins stricts, par la Commission du droit international en 2018⁹⁶⁴.

230. Plan. Parce que la pratique ultérieure des parties à la Convention de Paris pourrait participer à cristalliser « une réinterprétation-modification » du terme *réacteur*, il s'agira d'envisager la mesure dans laquelle la pratique subséquente pourrait être envisagée comme modalité d'interprétation authentique et modificatrice (1.) avant d'en mesurer les limites à l'aune de ses conditions (2.).

1. Un moyen mis au service d'une construction interprétative authentique

231. D'un moyen autonome de l'interprétation évolutive... Si la pratique subséquente comme outil d'interprétation judiciaire est solidement établie en droit international, c'est que la jurisprudence internationale a souvent puisé dans les comportements étatiques postérieurs à l'entrée en vigueur d'un traité dans le dessein d'éclairer les intentions initiales des parties⁹⁶⁵. Pourtant, la volonté

⁹⁵⁸ I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, op. cit., p. 203.

⁹⁵⁹ I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, op. cit., pp. 200-201.

⁹⁶⁰ CPJI, *Compétence de l'organisation internationale du travail pour la réglementation internationale des conditions de travail des personnes employées dans l'agriculture*, avis consultatif, 12 août 1922, série B, n°2 et 3, p. 38.

⁹⁶¹ J-P. COT, « La conduite subséquente des parties à un traité », *RGDIP*, vol. 70, 1966, p. 662.

⁹⁶² *Ibid.* Voy. également A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., p. 314.

⁹⁶³ Le projet initial de la Convention de Vienne sur le droit des traités proposait un article 38 consacrant le principe de la modification des traités par la pratique ultérieure, lequel a finalement été écarté en raison du débat suscité par la disposition : voy. *ACDI*, vol. II, p. 236 ; *Documents de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, première session, Vienne, 26 mars-24 mars, A/CONF. 39/11 pp. 225-233 et G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », op. cit., pp. 56-61 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, op. cit., pp. 333 et ss.

⁹⁶⁴ Voy. CDI, « Projets de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », in Rapport de la Commission du droit international, soixante-dixième session, 2018, A/73/10, *Ann. CDI* 2018, vol. II (2), conclusion n°7.3 : « Les parties à un traité, par un accord ou une pratique dans l'application du traité, sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de l'amender ou de le modifier. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue ».

⁹⁶⁵ Voy. entre autres CPJI, *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour l'examen des propositions tendant à organiser et à développer les moyens de production agricole et l'examen de toutes autres questions de même nature*, avis consultatif, 12 août 1922, *Rec.* B2-3, pp. 38, 40, 41 ; CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes et brésiliens émis en France*, Série C, n°16, p. 119 ; CIJ, *Affaire des Minquiers et des Ecréhous*,

commune originaire des parties peut se transformer et s'adapter à travers l'application concrète d'un accord. La pratique est donc également susceptible de faire surgir « une volonté nouvelle qui mettrait justement en évidence leur intention réaffirmée de l'appliquer »⁹⁶⁶. C'est d'ailleurs en ce sens que la pratique subséquente est devenue un outil interprétatif fort au service de l'interprétation évolutive, en ce qu'elle devait témoigner de l'existence d'un consensus entre les parties sur une nouvelle signification des dispositions d'un traité⁹⁶⁷. « Intégralement évolutive » en ce qu'elle indique tant l'intention initiale des parties de voir la norme actualisée que la substance de l'évolution⁹⁶⁸, elle aurait même été perçue comme un troisième moyen autonome et alternatif de l'interprétation évolutive. Il consisterait non plus à rechercher une volonté initiale des parties, mais à prendre acte d'une intention subséquente que manifesterait une pratique suffisamment commune, concordante et constante⁹⁶⁹. Rejoignant dans une certaine mesure l'approche *téléobjective*, elle s'en différencierait par sa « sécurité » puisque c'est alors « par le truchement de l'analyse de la pratique subséquente que l'on découvre l'*emergent purpose*, et non pas en posant celui-ci comme axiome »⁹⁷⁰. Sans qu'il soit besoin d'aller plus au fond d'un débat aux conséquences pratiques ténues, on notera simplement que la Cour internationale de justice avait considéré dans le *Différend relatif à des droits de navigation et droits connexes* que :

« [la recherche de la commune intention des parties] ne signifie pas qu'il ne faille jamais tenir compte du sens que possède un terme au moment où le traité doit être interprété en vue d'être appliqué, lorsque ce sens n'est plus le même que celui qu'il possédait à la date de la conclusion. D'une part, la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31-3-b) de la convention de Vienne, peut conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite entre les parties. D'autre part, il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut-être présumée avoir été, de conférer aux termes employés — ou à certains d'entre eux — un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international »⁹⁷¹.

Aussi, ce moyen évolutif alternatif n'a pas été mobilisé *supra* en raison de la pratique inexistante des parties à la Convention de Paris pour ce qui concerne les activités de fusion. Il se dessine néanmoins

17 novembre 1953, *Rec. CIJ*, p. 59 ; CIJ, *Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, 12 novembre 1991, *Rec. CIJ*, p. 74, § 64 et R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 489-491 ; G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, pp. 51-52.

⁹⁶⁶ G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, p. 52.

⁹⁶⁷ Voy. CDI, « Premier rapport de Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », A/CN.4/660, 2013, pp. 25 et ss, §§ 58 et ss.

⁹⁶⁸ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 160 ; J. ARATO, "Subsequent practice and evolutive interpretation: techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences", *op. cit.*, p. 466.

⁹⁶⁹ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 160 ; S.T. HELMERSEN, "Evolutive Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions", *op. cit.*, p. 187 ; J. ARATO, "Subsequent practice and evolutive interpretation: techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences", *op. cit.*, p. 445, ou encore G. FITZMAURICE, "The Law and Procedure of the International Court Of Justice 1951-4 : Treaty Interpretation and other Treaty Points", *op. cit.*, p. 224-225 évoquant ici « *an independent major principle of interprétation* » ou D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *op. cit.*, p. 220 évoquant « une modalité de l'interprétation évolutive ».

⁹⁷⁰ G. DISTEFANO, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *op. cit.*, p. 379 pour qui cette méthode apparaîtrait moins « dangereuse », à tout le moins plus respectueuse de la volonté des parties, que l'interprétation évolutive fondée sur l'intention initiale des parties qui, par des considérations « objectives » tente de « discerner la volonté des parties en partant du postulat que les buts et les finalités qu'elles se proposent nous sont connus ». Ainsi, l'auteur semble faire la distinction entre la méthode de la pratique subséquente *démontrant* une volonté *nouvelle* et l'interprétation évolutive qui vise à *supposer* une volonté *ancienne* et *initiale*, dans laquelle l'interprète guidé par des considérations « objectives » tente de « discerner la volonté des parties en partant du postulat que les buts et les finalités qu'elles se proposent nous sont connus ». Voy. également en ce sens C. DE VISSCHER, « Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public », *op. cit.*, pp. 123-124.

⁹⁷¹ CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, *op. cit.*, p. 242, § 64.

ici la seconde dimension de la pratique subséquente comme modalité interprétative — voir modificative — du traité.

232. ...à un moyen informel et autonome d'adaptation conventionnel. La reconnaissance par la Cour internationale de Justice de la pratique ultérieure comme alternative au cas où l'évolutivité du terme ne serait pas identifiée *ab initio* interroge l'autorité considérable qu'elle confère à cette pratique. Certes, il n'est pas tout à fait clair que la Cour ait eu ici l'intention de reconnaître qu'une pratique subséquente puisse modifier un traité⁹⁷². Mais là n'est pas le point nous intéressant. De plus, si un débat s'est cristallisé autour de l'utilisation de la pratique comme modificatrice d'un traité, c'est qu'on devait, en réalité, l'avoir admise à plusieurs reprises⁹⁷³, certes non sans critique⁹⁷⁴; cela bien qu'elle apparaisse, depuis la Convention de Vienne sur le droit des traités, plus rare⁹⁷⁵. Toutefois, cela ne serait qu'une question de circonstances⁹⁷⁶. Plus encore, si le principe peut être admis, les juridictions essayent de manière générale d'y échapper en recourant au « creuset » de l'interprétation...à l'image de la Cour dans l'affaire des *droits de navigation*⁹⁷⁷. Or, en reconnaissant la possibilité d'une interprétation évolutive par le biais de la pratique ultérieure, la Cour semble bien souligner l'autorité interprétative qui peut résulter de ce type d'accord tacite comme une « *preuve objective* de l'accord des parties sur le

⁹⁷² Voy. CDI « Deuxième rapport par Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », A/CN.4/671, 2014, p. 54, § 115.

⁹⁷³ Ainsi le fait que la Cour ne l'ait pas retenue dans l'affaire suscitée n'empêche pas qu'elle n'en a jamais véritablement exclu la possibilité. Elle l'a même déjà suggéré, à l'instar d'autres juridictions internationales : voy. CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras, Nicaragua (intervenants))*, 11 septembre 1992, *Rec. CIJ*, pp. 408-409, § 80 ; CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria : Guinée équatoriale (intervenants))*, 10 octobre 2002, *Rec. CIJ*, p. 353, § 68 dans lequel la Cour avait ainsi considéré que l'acquiescement d'un État à « une modification du titre conventionnel est une éventualité qui ne peut être entièrement exclue en droit ». Voy. également le propos tenu à propos de l'*Affaire du temple de Préah Vihear* par le juge PARRA-ARANGUREN dans l'affaire CIJ, *Iles de Kasiki/Sedudu (Botswana/Namibie)*, *op. cit.*, pp. 1212-1213, § 16. Pour d'autres juridictions, voy. *Interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international*, sentence arbitrale du 22 décembre 1963, *RSA*, vol. XVI, pp. 62-63 dans lequel le tribunal arbitral avait considéré « [qu'] une telle conduite peut en effet entrer en ligne de compte non pas simplement comme un moyen utile aux fins de l'interprétation de l'accord, mais comme quelque chose de plus : à savoir comme source possible d'une modification postérieure découlant de certains actes ou de certaines attitudes et touchant la situation des parties et les droits que chacune d'entre elles pourrait légitimement faire valoir ». Dans le même sens *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, sentence du 13 avril 2002, *RSA*, vol. XXV, pp. 110 et 111, § 3.6-3.10 ; *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba entre l'Égypte et Israël*, sentence du 29 septembre 1988, *RSA*, vol. XX, p. 56, §§ 209-210. On retrouve également cette admission par la CEDH : voy. CEDH, *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, req. n°46221/99, § 163 ; CEDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 4 octobre 2010, req. n°61498/08, § 120.

⁹⁷⁴ Le procédé provoque la réticence des États. Ces derniers sont en effet relativement réticents à voir contournées les procédures d'amendement prévues dans les traités. Si la modification par la pratique subséquente a été écartée lors de la rédaction de la Convention de Vienne sur le droit des traités, c'est parce que les États craignaient que la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure puisse créer des difficultés en droit constitutionnel interne. De même, les États craignaient que la stabilité des relations conventionnelles puisse être compromise au regard du principe *Pacta Sunt Servanda* : voy. entre autres ACIDI, vol. II, p. 236 ; *Documents de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, *op. cit.*, pp. 225 à 233 ; CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 50 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 338 et ss.

⁹⁷⁵ Voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 46-47.

⁹⁷⁶ On pourra souligner l'approche du groupe d'étude chargé de la question des traités dans le temps auprès de la Commission du droit international, qui en abordant la question de la pratique ultérieure comme mode d'adaptation des traités, a conclu que l'évolution du contexte juridique ou l'apparition dans la société internationale de nouveaux besoins pouvaient être prises en considération, si le traité pertinent est considéré comme un « instrument vivant ». Pour le rapporteur Georg NOLTE, il devait même apparaître que « subsequent agreement and subsequent practice may also play a role beyond that enunciated in article 31(3)(a) and (b) VCLT, eg. by contributing to a modification of a treaty » : G. NOLTE, *Treaties and subsequent practice*, *op. cit.*, p. 170 ; CDI « Rapport de Georg NOLTE sur les traités dans le temps, en particulier l'accord et pratique ultérieurs », ACIDI, 2008, vol. II(2), Annexe A, § 7. Pour cela, il est regrettable qu'à la lecture du projet adopté, et de la conclusion n°7, la pratique subséquente ait été principalement réduite à sa valeur probatoire dans le cadre de l'interprétation évolutive : J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 321.

⁹⁷⁷ Voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 50, note 307 : « en fait, les États et les tribunaux préfèrent ne ménager aucun effort pour voir dans une pratique ultérieure établissant l'accord des parties un effort pour interpréter le traité d'une manière particulière [...] dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, par exemple, la Cour internationale de Justice a pu laisser ouverte la question de savoir si le terme "*comercio*" avait été modifié par la pratique ultérieure des parties puisqu'elle avait décidé qu'il était possible de donner à ce terme une interprétation évolutive ».

sens du traité »⁹⁷⁸, et plus encore comme une preuve objective de l'accord des parties sur son évolutivité et sur son évolution. Cette idée que la volonté commune originaire des parties puisse se transformer et s'adapter à travers l'application concrète de l'accord offre donc des perspectives intéressantes pour notre cas. Dans la pratique de l'interprétation évolutive, il est effectivement difficile d'établir clairement la démarcation entre l'interprétation d'un traité et sa modification⁹⁷⁹. Dès lors,

« l'interprétation du traité par voie de pratique subséquente peut établir l'émergence d'une volonté ultérieure engendrée par la formation d'un accord interprétatif, dont la preuve est présentée par les comportements postérieurs des États qui, dans le souci d'appliquer effectivement le traité, en ont privilégié une construction interprétative pratique. Cette adaptation du traité à la réalité évite, dans bien des cas, que l'engagement conventionnel soit balayé par la fureur des flots engendrée par une réalité désormais étrangère au cadre normatif »⁹⁸⁰.

Ainsi, puisque la pratique subséquente porte cette « double casquette », à la fois moyen utile aux fins de l'interprétation du traité et source même de la modification, elle peut être utilisée hors du processus évolutif. À tout le moins, elle peut être utilisée en amont si l'on suppose, par exemple, qu'elle puisse ensuite servir d'élément d'interprétation judiciaire pour le juge national faisant application de la Convention⁹⁸¹, ou en cas de différend relatif à l'application de la Convention⁹⁸². Elle autoriserait, en quelque sorte, les parties à provoquer intentionnellement la découverte d'un *emergent purpose*, qui leur permettrait, par l'autorité interprétative attachée à l'accord tacite susceptible d'en résulter, de procéder à une modification tacite du traité. Autrement dit, la pratique ultérieure des parties à la Convention de Paris pourrait cristalliser une « réinterprétation-modification » du terme réacteur. Parce que la réinterprétation (*évolutive*) serait opérée par les parties elles-mêmes, elle serait autoritaire du fait que ces dernières sont les *domini negotii* incontestées⁹⁸³. Elle ne saurait donc être gênée par

⁹⁷⁸ CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa seizième session », *op. cit.*, p. 215, § 13. Dans le même sens J-P. COT, « La conduite subséquente des parties à un traité », *op. cit.*, p. 653.

⁹⁷⁹ Voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa seizième session », *op. cit.*, p. 215, § 13 mais également les mots de Sir Humphrey WALDOCK, *ACDI*, 1964, vol. I, p. 311, §15 ; CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 47 ; R. GARDINER, *Treaty interpretation*, *op. cit.*, p. 275 et U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties*, *op. cit.*, p. 168 ; G. NOLTE, *Treaties and Subsequent practice*, *op. cit.*, p. 46 et pour nuance l'opinion dissidente du juge PARRA-ARANGUREN dans *l'Affaire de l'île de Kasikilikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, *op. cit.*, p. 1212 et 1213, § 16 insistant sur la différence conceptuelle entre les deux méthodes.

⁹⁸⁰ G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, p. 52.

⁹⁸¹ Il s'agit de ne pas oublier que la *Convention de Paris*, visant l'instauration d'un régime de responsabilité civile nucléaire, est destinée à se voir appliquée devant le juge national suivant les modalités qui seront vu *infra* Titre II. Sans anticiper sur la suite de notre propos, il conviendra ainsi de souligner que si un accident nucléaire devait, par exemple, survenir sur le territoire français ou mettre en jeu des substances en provenance ou à destination d'une installation nucléaire située sur le territoire français, ce serait le tribunal de grande instance de Paris qui serait compétent. Or, compte tenu du renvoi opéré par les dispositions pertinentes du Code de l'environnement au champ d'application de la *Convention de Paris*, le TGI se verrait donc obligé de s'en référer au texte conventionnel, et le cas échéant d'en fournir une interprétation. Par ailleurs, il convient de souligner que lorsque l'interprétation d'un traité, reconnue comme exacte sur le plan international (soit dans les rapports entre les parties contractantes, soit par voie juridictionnelle ou para-juridictionnelle), s'avère différente de celle supposée par une loi, le principe constitutionnel de supériorité des traités sur les lois, oblige à faire prévaloir l'interprétation internationale ou de proposer de donner aux dispositions législatives une interprétation permettant de les concilier avec l'interprétation internationalement admise du traité. Aussi, le juge national est aujourd'hui pleinement compétent pour interpréter les traités internationaux (hors cas de l'Union européenne) : voy. Cass. civ. 1995, n°93-20.424, *Banque Africaine de développement c/Bank of Credit and Commerce international*, Bull. civ. 1995, I, n°470, p. 326 dans lequel la Cour de cassation avait considéré « qu'il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux dans la cause soumise à son examen, sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle ». Dans cet office, les tribunaux appliquent donc explicitement les règles coutumières de la Convention de Vienne sur le droit des traités (la France n'y étant pas partie) et n'hésitent également pas à s'inspirer de la jurisprudence de leurs homologues de l'ordre international afin d'éclairer le sens de ces normes « venues d'ailleurs » : voy. pour des exemples récents Cass. civ., 13 février 2019, n°17-25.81, *Inédit* ; CA Paris, 30 mars 2012, n°19/041617, et plus généralement M. SASTRE, *La fonction du juge interne d'interprétation du droit international*, thèse, Nice, 1999, 445 p. ; S. LAUGIER-DESLANDES, *Les méthodes d'interprétation du juge français face au droit international*, thèse, Paris I, 2001, 640 p. et A. GESLIN, A., « Motifs, sujets et autorité de l'interprétation », *JCL Droit international*, fasc. 40, 2015, §§ 40 et ss.

⁹⁸² Voy. *infra* § 2 sur la compétence du Tribunal de l'Énergie nucléaire.

⁹⁸³ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 289.

aucune technique interprétative. Elle n'aurait nul besoin d'être juridiquement justifiée par une lecture objective de son objet et de son but ou par le caractère générique du terme *réacteur* — si ce n'est éventuellement pour la motiver politiquement ou l'expliquer socialement⁹⁸⁴. Davantage, ce mode d'interprétation informel fondé sur la seule pratique permettrait de surmonter les obstacles relatifs à l'adoption d'un accord formel supposant la réunion de la volonté des États parties à la Convention de Paris. Cela étant, les conditions qu'elle requiert pourraient paradoxalement en nuancer l'intérêt.

2. Une interprétation authentique aux conditions d'existence rigoureuses

233. L'assimilation de la pratique à un accord tacite non équivoque. Que la pratique subséquente constitue un moyen bien ancré d'interprétation en droit international, elle reste néanmoins soumise à certaines conditions. Ces conditions sont d'ailleurs la cause des hésitations subsistantes quant à l'acceptation de la pratique subséquente comme la manifestation d'une interprétation authentique susceptible d'influer la lecture du traité et non comme un simple moyen subsidiaire d'interprétation. Au cœur des divergences, apparaît en effet la difficulté à établir les qualités d'une pratique à même de constituer la manifestation d'une réalité juridique qu'on ne saurait ignorer⁹⁸⁵. Il existe toute une gamme de dégradés possibles dans la prise en compte de la pratique subséquente. La Commission du droit international en était d'ailleurs bien consciente lorsqu'elle considérait que la valeur de celle-ci devait « varier » suivant la mesure où elle traduit les vues communes des parties sur le sens des termes⁹⁸⁶. Cependant, « l'autorité de cette modalité interprétative dépend précisément de sa conformité à des exigences permettant d'assimiler la pratique à un véritable accord tacite des parties »⁹⁸⁷. Ainsi « l'opinion d'un État ne constituant pas le droit international »⁹⁸⁸, c'est la pratique « par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »⁹⁸⁹ qui est la seule nous intéressant présentement. Le problème étant que cette exigence tirée du texte de l'article 31.3.b de la Convention de Vienne sur le droit des traités est peu prolix. Elle laisse ainsi aux interprètes la tâche d'éclairer la mesure dans laquelle une pratique peut matérialiser l'existence d'un accord tacite⁹⁹⁰. Sur ce point, la jurisprudence comme la doctrine ont donc dégagé des critères permettant d'indiquer les circonstances dans lesquelles la pratique subséquente aurait une valeur telle qu'elle permettrait de matérialiser l'intention commune des parties.

⁹⁸⁴ Sur les limites « sociales » de l'extension voy. *infra* Titre II.

⁹⁸⁵ Voy. I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, pp. 200-201 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 314.

⁹⁸⁶ CDI, « Rapport sur les travaux de sa dix-huitième session », *op. cit.*, p. 242, § 15, et dans le même sens R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, p. 484 ; L. BOISSON DE CHAZOURNES, "Subsequent practice, practices and 'family-resemblance' : towards embedding subsequent practice in its operative milieu" in G. NOLTE, *Treaties and subsequent practice*, *op. cit.*, pp. 53-68.

⁹⁸⁷ CDI, « Rapport sur les travaux de sa dix-huitième session », *op. cit.*, p. 242, § 15.

⁹⁸⁸ CIRDI, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ARB/02/16, sentence arbitrale du 28 septembre 2007, § 385 ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 337 ; CIRDI, *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ARB/10/7, sentence du 28 juin 2016, § 476.

⁹⁸⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31.3.b. On retrouve d'ailleurs cette exigence dans le « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, conclusion n° 4. Il en résulte que la pratique ultérieure qui ne satisferait pas ce critère pourra être utilisée, mais aux seules fins d'un moyen d'interprétation complémentaire au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 20, §§ 23 et ss et pour CIJ, *Iles de Kasikili/Sedudu*, *op. cit.*, pp. 1078, 1096, §§ 55,80 ; OA, *CE – Matériels informatiques*, rapport du 22 juin 1998, WT/DS62/AB/R, § 90 ; OA, *États-Unis – EPO*, rapport du 23 juillet 2012, WT/DS384/AB/R, § 452 ; TPIY, *Le Procureur c. Goran Jelisić*, 14 décembre 1999, IT-95-10-T, § 61.

⁹⁹⁰ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 147.

Pour être assurément assimilée à un accord tacite des parties sur l'interprétation à donner à un texte ou à un terme, la pratique doit être relativement claire et spécifique du traité concerné⁹⁹¹, et induire une certaine répétition⁹⁹². Cette dernière exigence a parfois été traduite par l'existence d'une pratique *concordante, commune et constante* dans l'application du traité⁹⁹³. Il en résulte que la forme que prend cette pratique, si tant est qu'elle émane de l'État⁹⁹⁴ et qu'elle soit observée dans l'application ultérieure⁹⁹⁵ du traité⁹⁹⁶, importe peu. L'essentiel est qu'elle soit suffisante à identifier l'existence de cet accord tacite entre les parties au traité concernant son interprétation. C'est donc la mesure dans laquelle la pratique sera commune, répandue, établie et caractérisée qui permettra de discerner avec clarté l'attitude spécifique des États supposant cet accord à l'autorité considérable. Ainsi, le fait que l'article 31.3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'ait pas imposé *expressis verbis* que la

⁹⁹¹ Voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n°9.1 et pp. 58-59. Comme le souligne la Commission, le poids à accorder dans l'interprétation à la pratique ultérieure dépend souvent de leur clarté et de leur spécificité en relation avec le traité concerné : voy. pour exemple CIJ, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, 14 juin 1993, *Rec. CIJ*, p. 55, § 38 ; OA, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland (États-Unis – Coton upland)*, WT/DS267/AB/R, rapport du 3 mars 2005, § 625 ; *Question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (UNESCO c. France)*, *op. cit.*, p. 259, § 74 ; CIRDI, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ARB/03/24, décision du 8 février 2005, § 195 et pour une position plus nuancée CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janvier 2010, req. n°25965/04, § 285.

⁹⁹² CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n°9.2 et pp. 59 et ss.

⁹⁹³ La formule a été explicitement posée par OA, *Japon – Boissons alcooliques II*, 4 octobre 1996, *op. cit.*, p. 15. Selon Georg NOLTE, cette formule aurait ainsi été reprise d'une publication de Sir Ian Sinclair qui s'était lui-même inspiré d'une formulation de Mustafa Kamil YASSEEN. Mais pour l'auteur, les critères suscités apparaissent davantage comme un signe de la valeur à accorder à la pratique subséquente que comme un critère formel : voy. CDI, « Deuxième rapport par Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, pp. 23 et ss, §§ 44 et ss ; I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 137 ; M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, pp. 48-49. Il en résulte que ces critères ne doivent pas être appréhendés comme une maxime intangible et prescriptive mais plus comme un indice aux fins d'apprécier la pratique qui sera la plus à même de traduire l'intention des parties. Pour cela également, elle n'a pas été reprise *in extenso* par d'autres juridictions internationales lesquelles ont parfois montré une approche plus souple : voy. CIJ, *Ile de Kasikili/Sedudu*, *op. cit.*, pp. 1075-1076, §§ 47-50 et p. 1087, § 63 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/ Tchad)*, *op. cit.*, pp. 34-37, §§ 66-71 ; CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88, § 103 ; CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, req. n°15318/89, §§ 73-82 et plus généralement CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n°9.2 et pp. 60-61 et R. GARDINER, *Treaty interpretation*, *op. cit.*, p. 226.

⁹⁹⁴ La conclusion n°5 du projet de la CDI dispose « [qu'] une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité suivie par une partie, dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres ». Un renvoi étant ainsi possible vers les règles d'attribution telles que connues en droit de la responsabilité, il en résulte que la notion peut être entendue de manière relativement large comme englobant toute conduite d'un organe de l'État (c'est-à-dire selon le droit interne de cet État), mais également toute conduite d'acteurs privés agissant en vertu d'une autorité qui leur est déléguée par l'État, voire sous son contrôle, ses instructions ou ses directives : voy. CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *op. cit.*, art. 4, 5 et 8 ; « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n° 5, p. 24, § 2. En pratique voy. CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, *op. cit.*, p. 211 ; CIJ, *Ile de Kasikili/Sedudu*, *op. cit.*, p. 1094, § 74 ; *Interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international*, *op. cit.*, pp. 62-63 ; *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2e) de l'annexe I A à l'Accord de 1953*, sentence arbitrale du 16 mai 1980, *RSA.*, vol. XIX, pp. 103 et 104, § 31 ou encore *Question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (UNESCO c. France)*, *op. cit.*, § 66, et p. 259, § 74 dans lequel le tribunal arbitral a néanmoins considéré qu'en cas de divergence entre le comportement de l'administration ou d'organe subalterne et celui des autorités susceptibles d'exprimer la position officielle de l'État, il faudra préférer la conduite de ces dernières. Dans le même sens CIJ, *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique/Pays-Bas)*, arrêt du 20 juin 1959, *Rec.1959*, p. 209, et doctrine R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, *op. cit.*, pp. 512-513 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 323-328 et R. GARDINER, *Treaty interpretation*, *op. cit.*, pp. 269-270.

⁹⁹⁵ Une difficulté peut toutefois survenir lorsque l'on doit prendre en considération une pratique constante tant antérieurement que postérieurement au traité, bien qu'elle soit alors *a priori* admise : voy. CIJ, *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, 26 mai 1961, *Rec. CIJ*, p. 23 ; A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 322

⁹⁹⁶ Dans ce sens, cette pratique peut comprendre les actes officiels accomplis au niveau international ou au niveau national en vue d'appliquer le traité, mais aussi des déclarations officielles concernant l'interprétation du traité, des décisions de juridictions nationales, l'adoption d'une législation nationale ou la conclusion d'accords internationaux aux fins de la mise en œuvre d'un traité avant même qu'un acte d'application particulier se produise au niveau national ou au niveau international. *A contrario*, une conduite qui ne serait pas menée dans l'application du traité ne pourra pas être considérée comme une pratique ultérieure. Tel est le cas des déclarations d'un État qui n'est pas partie au traité, d'une position adoptée par un organe indépendant de surveillance de l'application du traité concerné, d'actes d'organes techniques chargés par une conférence des États parties de donner des avis sur l'application des dispositions conventionnelles et toutes autres formes de conduite ou déclarations d'acteurs non étatiques : voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n° 4, p. 18, § 18 et conclusion n°5, p. 25, §§ 8 et ss.

pratique permette l'établissement d'un accord entre « toutes les parties » n'implique pas que l'on ait renoncé à une certaine unanimité. Quand bien même l'accord tacite peut être « dédui[t] de la réaction ou de l'absence de réaction d'une partie à l'égard de la pratique »⁹⁹⁷, il n'en demeure pas moins que la pratique d'une seule partie ou de certaines parties seulement n'apparaîtrait pas *a contrario* suffisante pour remplir les conditions d'une interprétation authentique⁹⁹⁸. Cette pratique devant permettre de prouver la « vue commune » de l'ensemble des parties « sur le sens d'un traité », elle ne pourrait en effet se satisfaire d'un acte ou d'une déclaration isolée, autrement dit d'une pratique diffuse ou récente ou limitée⁹⁹⁹. Elle suppose des actes assez fréquents et uniformes pour que l'on puisse légitimement conclure que les parties sont effectivement parvenues à un tel accord. Cela étant, parce qu'aucun seuil ne peut être fixé *a priori*, la qualification dépendra essentiellement des circonstances de l'espèce¹⁰⁰⁰. Ces éléments constitutifs pourraient ainsi être appréciés de manière large, mais également de manière particulièrement étroite par le tiers interprète ; cela en raison du fait que la possibilité d'une modification du traité par la voie de la pratique subséquente est encore discutée.

234. Une assimilation possiblement laissée à l'appréciation du juge interne. Certes, cela ne saurait être, de prime abord, une difficulté dans le cadre de la situation nous occupant. En effet, les États à un traité sont tout à fait libres de suivre une pratique ultérieure revêtant le caractère d'un accord tacite et porteur d'une interprétation effective du traité sans qu'aucun organe juridictionnel ou autre interprète le constate¹⁰⁰¹. La Convention sur la conservation des espèces migratrices en est d'ailleurs un bon exemple. Aujourd'hui interprétée de façon à englober des espèces qui, à cause du changement climatique, sont ou deviennent des espèces migratrices, elle illustre cette situation dans laquelle des États, guère enclins à permettre à un mécanisme de règlement des différends d'invoquer la pratique ultérieure pour modifier leurs relations conventionnelles, sont tout à fait satisfaits de s'entendre sur la modification du traité¹⁰⁰². Cependant, il n'est pas aisé d'identifier ce type de situation, et notamment de déterminer si la pratique repose effectivement sur une telle hypothèse¹⁰⁰³. Surtout, cette solution pourrait ne pas suffire dans notre cas puisque la question de l'existence de cet accord tacite pourrait ressurgir devant le juge interne chargé d'appliquer la Convention de Paris. La pratique subséquente pouvant se matérialiser dans une diversité de comportements actifs, passifs, ou par une interaction

⁹⁹⁷ CDI, « Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock », *op. cit.*, p. 107, § 18 ; « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, pp. 83 et ss, §§ 14 et en ce sens CIJ, *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, *op. cit.*, p. 23 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 26 novembre 1984, *Rec. CIJ*, p. 410, §39 ; *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, sentence arbitrale du 22 février 1977, *op. cit.*, pp. 185-187, §§168-169.

⁹⁹⁸ Elle pourrait, à tout le moins, constituer moyen d'interprétation complémentaire au titre de l'article 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* : CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa seizième session », *op. cit.*, p. 215, § 3 ; « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion 9.3, pp. 78 et ss, §§ 13 et ss.

⁹⁹⁹ Pour nuance voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion 9.3, p. 77, § 11.

¹⁰⁰⁰ Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 148 renvoyant ainsi au constat opéré *supra* note n°993.

¹⁰⁰¹ Voy. A. TROUBORST, "Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on migratory species and its daughter instruments to climate change", *Diversity*, vol. 4, 2012, pp. 286 à 288 ; CDI, « Deuxième rapport par Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, pp. 62-63, § 137.

¹⁰⁰² Voy. S.D. MURPHY, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice in the interpretation of treaties" in G. NOLTE, *Treaties and subsequent practice*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁰³ Voy. R. GARDINER, *Treaty interpretation*, *op. cit.*, p. 72.

entre les deux, l'intégration des activités de fusion dans le champ d'application de la Convention de Paris pourrait autant se manifester par des déclarations au niveau international que par l'adoption de législations nationales ou la modification de celles déjà existantes. La tâche serait alors ardue pour le juge interne chargé d'interpréter ce droit « venu d'ailleurs » de s'assurer de l'existence d'un accord tacite sur le sens à donner à ses termes et, le cas échéant, au sens à donner au terme *réacteur*. Parce qu'*in fine* le poids accordé dans l'interprétation à la pratique ultérieure dépendra toujours de sa clarté et de sa spécificité en relation avec le traité concerné, il appert que pour contenter ces dernières exigences et convaincre sur l'existence d'une interprétation qu'ils auraient conférée au terme *réacteur*, les États parties à la Convention de Paris seraient donc invités à satisfaire sans équivoque aux critères de constance, de concordance et d'unanimité.

Pour cela, une solution des plus sécurisantes pourrait consister à inscrire collégalement et expressément cette volonté émergente au sein d'un accord, qui bien que parfois traité distinctement de la pratique subséquente, n'en constitue en réalité qu'une modalité dont la différence ne tiendrait *in fine* que dans sa visibilité, laquelle résulte de son caractère exprès.

B. L'accord ultérieur comme inscription d'une volonté évolutive émergée

235. Plan. De prime abord, la conclusion d'un accord d'interprétation a pu ne pas apparaître comme la situation la plus confortable aux fins de l'intégration des activités de fusion au sein de la Convention de Paris, en raison de la procédure que son libellé laissait supposer et qui rappelait le souvenir de la lourdeur des procédures d'amendement évoquées *supra*. Il faut pour autant se défier des apparences. En réalité, l'accord ultérieur d'interprétation, s'il se caractérise par sa visibilité (1.), connaît néanmoins une définition relativement souple, laquelle autorise à entrevoir l'intérêt qu'il pourrait revêtir dans le cadre de la situation nous occupant (2.).

1. Un mode d'interprétation authentique caractérisé par sa visibilité

236. Le *distinguo* entre l'accord ayant rapport au traité et l'accord ultérieur d'interprétation. Suivant les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit également tenir compte des accords intervenus après la conclusion d'un traité et touchant à l'interprétation ou l'application de ces dispositions¹⁰⁰⁴. Ainsi, si nous avons déjà eu l'occasion d'interroger ce moyen interprétatif à travers l'étude de l'*Exposé des motifs* de la Convention de Paris, il convient cependant de différencier ce type d'accord intervenu au moment de la conclusion du traité de celui qui y intervient postérieurement. Le premier concerne un différend hypothétique que les parties souhaitaient prévenir au stade de l'adoption du texte. Le second a pour objet de mettre fin à des difficultés d'interprétation réelles ou, comme cela est le cas, de tenir compte d'évolution qu'ont pu connaître les parties. Cela étant, là s'arrêtent les différences entre ces deux moyens visés respectivement par les articles 31.2 et 31.3 de la Convention codificatrice. En effet, cette distinction

¹⁰⁰⁴ Voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31.3.a.

n'élude derechef pas la difficulté à cerner avec certitude ce que revêt la notion « d'accord » employée par le texte codificateur et repris dans le récent projet de la Commission du droit international¹⁰⁰⁵.

237. Le *distinguo* entre la pratique subséquente et l'accord ultérieur d'interprétation. La Commission du droit international définit l'accord ultérieur comme « un accord au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application des dispositions de celui-ci, auquel sont parvenues les parties après la conclusion du traité »¹⁰⁰⁶. Mais elle admet que « s'il est vrai que tout traité est un accord, tous les accords ne sont pas traités »¹⁰⁰⁷. L'emploi du terme *accord* dans la Convention de Vienne sur le droit des traités exprimant à nouveau la volonté des rédacteurs de ne soumettre ces rencontres de volonté à aucun formalisme particulier¹⁰⁰⁸, il appert que la distinction entre l'accord visé à l'article 31.3.a et la pratique ultérieure visée à l'article 31.3.b n'est pas évidente. Encouragée par la rigueur des critères attribués à la pratique subséquente, la jurisprudence hésite bien souvent à la faire valoir¹⁰⁰⁹. Ainsi, si un *distinguo* doit être établi, ce dernier ne tient certainement pas dans la différence existante entre leurs effets juridiques possibles, mais dans leur visibilité et leur « immédiateté ». Autrement dit, là où une pratique ultérieurement suivie n'aura l'effet d'un moyen d'interprétation authentique que si ses différents éléments, lorsqu'ils sont pris ensemble, traduisent « les vues communes des parties sur les sens des termes », un accord ultérieur envisagé comme un acte unique commun aura *ipso facto* pour effet de constituer un tel moyen¹⁰¹⁰. Il présentera ainsi l'avantage de revêtir une force quasi identique au traité initial¹⁰¹¹, voire un élément susceptible de lui être incorporé¹⁰¹², et il aura un effet *erga partes* l'autorisant à s'imposer au juge national susceptible de faire

¹⁰⁰⁵ Ce point a ainsi déjà été soulevé *supra* concernant la forme que pourrait prendre l'accord d'amendement pour la Convention de Vienne de 1963 (nucléaire) vis-à-vis de l'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 1.

¹⁰⁰⁶ Voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n°4.

¹⁰⁰⁷ Voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 28, § 6.

¹⁰⁰⁸ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 1 et concernant spécifiquement ces accords ultérieurs : CPA, *Arbitrage entre le Bangladesh et l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, p. 47, § 165 ; M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 45 ; G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, p. 47 ; H. FOX, « Article 31(3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the Kasikili/Sedudu island case » in *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties : 30 Years on*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 63 ou encore U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties*, *op. cit.*, p. 162 pour qui « agreements means an agreement in the legal technical sens : that is to say, an act performed with the purpose of establishing relationship ».

¹⁰⁰⁹ L'assimilation de la pratique subséquente à un accord tacite, en autorisant les juridictions internationales à insister sur l'établissement non équivoque d'un accord tacite, peut les exempter de qualifier l'un ou l'autre : voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 149, et pour exemple : CIJ, *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/ Tchad)*, *op. cit.*, pp. 34 et ss, § 66 et ss dans lequel la Cour a employé l'expression « attitudes [...] adoptées par la suite » pour désigner à la fois ce qu'elle qualifie par la suite « [d'] accords ultérieurs » et « [d'] attitudes » unilatérales ultérieures. Voy. également CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, 17 décembre 2002, *Rec. CIJ*, p. 656, § 61 et CIJ, *Projet Gabcikovo-Naggymaros*, *op. cit.*, p. 77, § 138.

¹⁰¹⁰ CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 16, § 9, p. 65, § 7 ; CNUDCI, *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v. United States of America*, décision du 28 janvier 2008, §188 ; CIRDI, *Aguas del Tunari SA c. République de Bolivie*, ARB/02/3, décision du 21 octobre 2005, §§ 251 et ss ; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, *op. cit.*, pp. 231 et ss ; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁰¹¹ Le caractère obligatoire d'une interprétation donnée par les parties au traité aura ainsi son origine dans la compétence primaire dont elles disposent pour fixer de façon générale le sens à conférer aux dispositions conventionnelles : voy. I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, pp. 83, 174 et ss ; M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 45.

¹⁰¹² Voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session », p. 241, §15 établissant ainsi un parallèle avec CIJ, *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, *op. cit.*, p. 43 et 74 dans laquelle la Cour avait considéré que les dispositions d'une déclaration annexée au traité avait « le caractère de clause interprétative et comme telles devraient être considérées comme partie intégrante du traité, même si cela n'avait pas été dit expressément ». Dans le même sens voy. CIJ, *Iles de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, *op. cit.*, p. 1075, § 49 ou encore l'arrêt *Huckendubler c. Hoessler* de 1932 dans laquelle la Cour de cassation française avait déclaré que : « [q]uelle que soit sa forme, cette interprétation bilatérale qui se borne à préciser le sens et la portée du traité [...] fait corps avec la Convention elle-même ; elle doit être

application du traité interprété, comme cela peut être le cas de la Convention de Paris¹⁰¹³. Mais tout cela sans contraindre les États à emprunter les voies procédurales classiques de conclusion des traités internationaux. Pour cela, l'accord ultérieur montre un intérêt certain dans le cas nous intéressant, et notamment en raison du cadre institutionnalisé de la Convention de Paris.

2. Un mode d'interprétation authentique autorisant une flexibilité

238. La liberté des modalités d'adoption de l'accord ultérieur d'interprétation. Étant donné les formes extrêmement variées qu'il peut prendre, la conclusion d'un accord en forme simplifiée constituait traditionnellement la voie privilégiée pour l'adoption d'un accord ultérieur d'interprétation. Elle permettait d'éviter les aléas et la lenteur des procédures constitutionnelles internes¹⁰¹⁴. Cela étant, et accompagnant la prolifération des traités multilatéraux portant sur des matières techniques, la prolifération des mécanismes conventionnels de suivi a considérablement contribué au développement de la technique informelle d'interprétation. Il a ainsi été de plus en plus fréquent de voir des accords ultérieurs d'interprétation matérialisés dans des décisions adoptées à une réunion des États parties au traité de base sans qu'il n'y ait jamais été fait obstacle pourvu que le but d'une telle décision soit clair et non équivoque et que toutes les parties y adhèrent¹⁰¹⁵.

En effet, l'obligatorité (ou non) de la décision n'entachera d'aucune manière sa force d'interprétation authentique du traité multilatéral de base. Elle restera en tout état de cause corrélative à la présence des éléments constitutifs de l'accord ultérieur d'interprétation : un accord relatif à l'interprétation du traité initial¹⁰¹⁶ intervenu postérieurement à son adoption et entre toutes ses parties contractantes¹⁰¹⁷. C'est d'ailleurs en relevant la prolifération de la pratique en ce sens que la Commission du droit international a relevé le caractère non nécessairement contraignant d'un tel accord¹⁰¹⁸, mais également consacré une conclusion spécifiquement dédiée à cette pratique dans son projet de 2018¹⁰¹⁹, laquelle peut trouver une application certaine dans le cadre de la Convention de Paris.

observée et appliquée comme l'expression officielle de la commune intention des gouvernements intéressés ». L'affaire est référencée par A. C. KISS, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Tome 1, Paris, CNRS, 1962, p. 405 et A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 301.

¹⁰¹³ L'étendue de son obligatorité dépassera les simples circonstances d'une espèce faisant l'objet d'un différend. Elle s'imposera à tous ceux qui participent à l'exécution internationale du traité interprété : voy. A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 302 ; I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰¹⁴ Voy. pour exemple Décret n° 2008-1019 du 2 octobre 2008 portant publication de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire relatif à l'interprétation et l'application de l'accord du 16 juin 1972 relatif au statut juridique de ladite organisation en France, signées à Genève les 10 et 25 mars 2008, JO, n°0232, 4 octobre 2008, texte n°8 ou encore l'échange de lettres constituant un accord portant interprétation de la Convention du 14 avril 1945 relative aux contrôles des changes, Paris et Monaco, 18 mai 1963, *Recueil des Traités*, vol. 1516, p. 112. Rapprochez C. CHAYET, « Les accords en forme simplifiée », *AFDI*, 1957, vol. 3, pp. 3-13.

¹⁰¹⁵ Voy. CDI, « Deuxième rapport par Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 47, § 94.

¹⁰¹⁶ L'accord doit contribuer à préciser le sens d'une disposition du traité dont l'application présente des difficultés ou d'en déterminer la portée : voy. A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 290 ; G. DISTEFANO, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *op. cit.*, pp. 43-44 ; M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 44.

¹⁰¹⁷ Voy. A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 285-289 ; U. LINDERFALK, *On the interpretation of treaties*, *op. cit.*, pp. 162-163 ; I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, p. 177 et CIJ, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande intervenant)*, arrêt du 31 mars 2014, opinion individuelle du juge GREENWOOD, §. 6 et opinion individuelle de la juge ad hoc CHARLESWORTH, § 4.

¹⁰¹⁸ Voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n°10.

¹⁰¹⁹ Voy. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n°11 et pp. 70 et ss.

239. L'adoption d'un accord ultérieur par la Conférence des parties de la Convention de Paris. De nombreux exemples ont montré que les décisions des conférences des parties pouvaient constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31.3.a de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les raisons ne sont pas légion : permettant d'exprimer la vue commune des parties, ces conférences peuvent être considérées comme « l'autorité chargée en dernier ressort » de l'interprétation d'une convention¹⁰²⁰. Aussi, tel pourrait être le cas d'une décision qui serait adoptée à l'occasion d'une conférence convoquée suivant les modalités de la Convention de Paris. À cet égard, d'ailleurs, l'article 22c. du texte pourrait fortement s'y prêter dès lors qu'il invite les parties à se consulter périodiquement concernant tout problème d'intérêt commun posé par la Convention¹⁰²¹. Si celle-ci semble valoir à l'expiration d'une période de cinq ans, nous avons déjà vu que cette limitation *ratione temporis* ne saurait, en toute hypothèse, venir limiter le droit pour un État d'initier une telle réunion¹⁰²². Le cas échéant, les parties pourraient mobiliser la phase préparatoire de la clause d'amendement. En effet, comme le souligne Ioan VOÏCU,

« la pratique atteste des lacunes dans ce domaine, car la procédure que les parties contractantes stipulent pour la modification d'un traité peut, s'il est nécessaire, servir également à donner une interprétation authentique d'un traité. [Ainsi] une conférence diplomatique peut, au terme exprès des clauses finales, se réunir en vue de modifier une clause du traité, mais rien ne l'empêche de procéder parallèlement à l'interprétation d'une autre clause, douteuse, en en précisant et en fixant de façon authentique le contenu »¹⁰²³.

Rien ne devrait donc faire obstacle à ce que les parties à la Convention de Paris se réunissent aux fins d'adopter un accord portant sur l'interprétation du traité. En sus, cela permettrait de procéder à une adaptation déguisée du traité dénuée de toute restriction procédurale. En effet, il s'agirait d'un accord interprétatif qui ne « connote[rait] pas la création de nouvelles obligations »¹⁰²⁴. Parce que la Convention de Paris ne dispose d'aucune *lex specialis* obligatoire concernant les modalités de son interprétation, les parties ne seraient *a priori* pas tenues par la rigueur de la procédure prévue à l'article 20 (phase d'adoption)¹⁰²⁵.

Même si un doute subsistait sur le caractère purement interprétatif de l'accord, cela ne constituerait qu'un problème apparent. Les États et les tribunaux sont, généralement, disposés à accorder beaucoup de latitude aux États parties dans l'interprétation d'un traité par accord ultérieur. Cette latitude va de pair avec leur réticence à reconnaître qu'un accord puisse réellement modifier un traité et la présomption ainsi établie à cet endroit¹⁰²⁶. Ainsi, les exemples sont encore nombreux dans lesquels un

¹⁰²⁰ Voy. pour exemple *Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination sur les travaux de sa dixième réunion*, Carthagène, 2011, UNEP/CHW.10/28, chapitre III A., § 65 et plus généralement B. M. CARNAHAN, "Treaty review conferences", *AJIL*, vol. 81, 1987, pp. 229 et ss et surtout les exemples cités in CDI, « Deuxième rapport par Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, pp. 40 et ss, §§ 76 et ss.

¹⁰²¹ *Convention de Paris* (2004), art. 22.c. et rapprochez A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, pp. 229-230.

¹⁰²² Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 1 et B, 1.

¹⁰²³ I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, p. 139 et dans le même sens A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁰²⁴ OA, *CE-Bananes III*, rapport du 26 novembre 2008, WT/DS27/AB/RW/USA, WT/DS27/AB/RW2/ECU, p. 152, § 391.

¹⁰²⁵ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1.

¹⁰²⁶ Voy. CDI, « Deuxième rapport par Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 72, § 163 ; S.D. MURPHY, "The relevance of subsequent agreement and subsequent practice in the interpretation of treaties", *op. cit.*, p. 83.

accord ultérieur a pu être adopté sans que l'on puisse véritablement discerner s'il s'agit d'un accord portant interprétation ou modification informelle du traité, c'est-à-dire une modification sans complétude de la procédure d'amendement dont ils disposent¹⁰²⁷. Cela vaut d'autant plus lorsqu'un accord propose une interprétation évolutive. Dans ce cas précis, la pratique révèle que les parties, « à la lumière de l'expérience acquise de la mise en œuvre du traité n'hésit[ent] pas à dépasser la sphère limitée de l'interprétation et à pénétrer dans la sphère de la modification »¹⁰²⁸, notamment lorsque, sans introduire dans le texte de changement de fond, la modification permet de suivre les progrès réalisés et d'offrir « une couverture juridique [...] aussi complète que possible »¹⁰²⁹. Certes, une difficulté pourra survenir parce qu'il est de règle que l'accord interprétatif fasse corps avec le texte interprété si bien que son effet est supposé remonté au jour de l'entrée en vigueur de la Convention¹⁰³⁰. Mais, en réalité, tout dépendra de la volonté des parties et de leur choix de ne le faire disposer que pour l'avenir : « en fin de compte, la prise en considération des accords ultérieurs n'est qu'une réintroduction de la volonté des parties dans le processus de l'interprétation »¹⁰³¹.

240. Conclusion du §. Arrivé au terme de ces développements, il apparaît qu'en dépit de certaines exigences, l'interprétation authentique constitue une modalité pertinente aux fins de la construction d'une interprétation évolutive. Principalement soumise à la manifestation d'une volonté concordante des États sur le sens à donner au terme du traité — pour nous le terme *réacteur* — elle permet une adaptation déguisée du traité qui autorise *a priori* à outrepasser la rigueur procédurale de l'amendement, et surtout à se passer de toutes justifications. Autrement dit, comme le souligne Denis ALLAND,

« [c]e qui importe de comprendre est que cette attribution donnée de concert, par accord, a pour effet de vider la problématique de l'interprétation (c'est-à-dire tout ce qui relève du processus d'attribution de sens) de son contenu. En effet, les parties concluant un accord interprétatif ont beaucoup moins à s'interroger sur les sens possibles et "argumentables" d'un ensemble de signes antécédents (ce qui est de l'essence de l'interprétation comme attribution de sens) qu'elles n'ont à

¹⁰²⁷ Voy. notamment les exemples cités par Georg NOLTE concernant la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et le Protocole de Montréal relatifs aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone : CDI, « Deuxième rapport par Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, pp. 69-79, §§ 156 et ss.

¹⁰²⁸ M.K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 46, et dans le même sens A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, *op. cit.*, p. 191 ; J-M. SOREL, « Article 31 », *op. cit.*, p. 1320 *contra* C.H. SCHREUER, "The interpretation of treaties by domestic courts", *op. cit.*, p. 255 et M. VIRALLY, « Préface » in *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, p. VII.

¹⁰²⁹ N. SIMS, « La Convention sur les armes biologiques vue sous l'angle historique 25 ans après son entrée en vigueur : du processus d'examen et de renforcement à un régime conventionnel intégré », *Forum du désarmement*, 2000, n°4, pp.19-27. L'exemple est ici intéressant car dans le cadre de l'examen périodique de cette convention, il est devenu de tradition de se pencher sur les problèmes de définition et les sujets de préoccupation apparus dans le domaine des sciences et des techniques. Or l'article 1^{er} de cette Convention dispose que les États s'engagent à ne jamais, et en aucune circonstance, stocker, ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver « des agents microbiologiques ou autres agents biologiques, ainsi que des toxines quels qu'en soient l'origine ou le mode de production, de types et en quantité qui ne sont pas destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fin pacifiques ». Or lors de la 4^{ème} conférence d'examen, les États avaient adopté une déclaration finale affirmant que cet engagement s'appliquait également aux « réalisations scientifiques et techniques pertinentes, notamment dans les domaines de la microbiologie, de la biotechnologie [...] de même que par toutes applications issues d'étude de génome » (Doc BWC/CONF.IV/9, Partie II, p.15). Cette déclaration finale considérée comme un accord interprétatif ultérieur avait donc pour fonction de renforcer le texte conventionnel.

¹⁰³⁰ Théoriquement, les accords interprétatifs ultérieurs doivent en effet se borner à clarifier le contenu d'un autre accord en offrant un cadre spécifique à la volonté des parties contractantes et s'incorporer au traité de base : voy. CIJ, *Iles de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibie), *op. cit.*, p. 1075, § 49 ; A-C. KISS, *Répertoire de la pratique française en droit international public*, *op. cit.*, p.399-401 ; S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, *op. cit.*, pp. 200 et ss. et I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, pp. 158-159, et p. 181 faisant référence à une « législation rétroactive ».

¹⁰³¹ A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, *op. cit.*, p. 303 et dans le même sens J-M. SOREL, « Article 31 », *op. cit.*, p. 1320 et CIJ, *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/ Tchad)*, *op. cit.*, p. 31, § 60.

évaluer ce qu'elles sont prêtes à consentir (ce qui relève de la négociation en vue d'un engagement) »¹⁰³².

L'étendue de « l'obligatorité » de la pratique subséquente, et surtout d'un accord ultérieur, pouvant s'imposer à l'égard de tous ceux qui l'appliquent, ce mode d'interprétation se distingue ainsi des autres modalités interprétatives. Aussi, le lecteur pourrait, à ce stade, établir le parallèle entre l'accord ultérieur d'interprétation comme manifestation d'une volonté des États parties de conférer un sens à une disposition de la Convention de Paris avec les interprétations opérées par le Comité de Direction de l'Énergie nucléaire. Il faut pourtant se défier des fausses analogies. En effet, le Comité de Direction pourrait ne pas constituer, à proprement parler, une conférence des parties si l'on en retient la définition conférée par la conclusion n° 11 de la Commission du droit international. Cette dernière exclut de la définition de « Conférence des parties », la situation dans laquelle les États siègeraient en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale¹⁰³³. Dès lors, il conviendra d'envisager l'autorité que pourrait revêtir une interprétation opérée par ce biais, mais également par l'organe juridictionnel de la Convention de Paris.

§ 2. Une interprétation (mi-)authentique en vertu du droit international spécial

241. Des organes disposant d'une compétence interprétative de la Convention de Paris. Outre l'interprétation authentique opérée par une mobilisation des règles du droit international général, la Convention de Paris peut également faire l'objet d'une interprétation par l'organe juridictionnel tiers qu'est le Tribunal de l'Énergie nucléaire, et par des organes, sinon totalement tiers, à tout le moins réunis sous une forme autre qu'une conférence des États parties que sont le Conseil de l'OCDE et le Comité de Direction de l'énergie nucléaire. Ce dernier jouit tout particulièrement d'une compétence relativement vaste, laquelle lui permet de proposer des solutions amiables à des différends portant sur l'interprétation ou l'application de la Convention¹⁰³⁴ et de faire des recommandations aux pays membres de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire (ou de proposer au Conseil de l'OCDE d'en faire) permettant de moduler certaines de ces dispositions et de faciliter son interprétation.

242. Plan. Pour cela, il convient ici de s'intéresser à la compétence interprétative de ces organes aux fins d'une réinterprétation de la Convention de Paris, c'est-à-dire à celle principalement du Comité de Direction (et par assimilation du Conseil de l'OCDE) (A.) et du Tribunal européen pour l'énergie nucléaire, juridiction n'ayant cependant jusqu'à maintenant jamais été mobilisée (B.)

A. Le Comité de Direction de l'énergie nucléaire

243. Plan. Si les décisions du Comité de Direction présentent indéniablement une forte autorité politique (1.), il convient néanmoins de questionner leur portée juridique (2.).

¹⁰³² D. ALLAND, *L'interprétation du droit international public*, op. cit., pp. 326 et 327.

¹⁰³³ CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », op. cit., conclusion n°11, sp. pp. 87 et ss.

¹⁰³⁴ *Convention de Paris* (2004), art. 17.

1. L'autorité politique des décisions du Comité de Direction

244. L'activité interprétative du Comité de Direction. Pour rappel, la Convention de Paris a été adoptée par le Conseil de l'Organisation européenne de coopération économique (OECE), devenue l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en 1960¹⁰³⁵. Du fait de la particularité de sa conclusion — adoption par l'organe plénier d'une organisation internationale et acceptation des États selon leurs procédures constitutionnelles propres —, cette Convention « se caractérise par une dualité d'auteurs »¹⁰³⁶, et ce alors même que l'organisation internationale à l'initiative de son élaboration n'est pas partie contractante. Elle postule alors, « par une sorte de référent législatif international »¹⁰³⁷, une interprétation par l'organe d'adoption, c'est-à-dire par le Conseil de l'OCDE¹⁰³⁸, mais, surtout, en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par ce dernier, par le Comité de Direction de l'énergie nucléaire¹⁰³⁹. Désigné comme l'organe de direction de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire et ayant pour fonction, entre autres, de promouvoir l'harmonisation et le développement de la législation dans le domaine de l'énergie nucléaire, ce Comité est composé des 34 membres de l'Agence. Il est aidé d'un groupe de travail chargé de développer ses positions, aujourd'hui connu sous le nom de Comité de droit nucléaire. Composé d'experts gouvernementaux des mêmes 34 États membres, le Comité de droit nucléaire reçoit pour mandat, entre autres,

« d'étudier les questions soulevées par l'interprétation et l'application des instruments internationaux sur la responsabilité nucléaire, sous l'angle en particulier de l'harmonisation de leur mise en œuvre législative par les pays membres, et d'encourager une plus large adhésion à ces instruments en vue de favoriser l'émergence d'un régime mondial de responsabilité et de réparation des dommages nucléaires ; [...] d'élaborer des recommandations visant la Convention de Paris et la Convention complémentaire de Bruxelles en vue de leur soumission au Comité de Direction de l'énergie nucléaire »¹⁰⁴⁰.

Très actif, le groupe d'experts a consacré beaucoup de temps à l'étude de questions relatives à l'interprétation des Conventions sur la responsabilité civile nucléaire. Certes, ses recommandations ou interprétations, ensuite adoptées par le Comité de Direction, ne sont pas obligatoires¹⁰⁴¹. Mais les mots employés comptant parfois moins que la réalité qu'ils signifient, ces interprétations revêtent, dans les faits, une autorité certaine. Ainsi, l'interprétation de 1967 du terme réacteur déjà évoquée à multiples reprises constitue aujourd'hui un argument « politique » fort à l'encontre de l'inclusion des installations de fusion dans le champ d'application de la Convention de Paris.

245. Une activité intéressant une (ré)interprétation du terme réacteur. Une (ré)interprétation du terme *réacteur* par le Comité de Direction constituerait ainsi une solution opportune pour l'intégration

¹⁰³⁵ Voy. J. SCHWARTZ, « L'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire » in *Le droit nucléaire international : histoire, évolution et perspective*, op. cit., pp. 35 et ss.

¹⁰³⁶ A. GESLIN, « Motifs, Sujet et autorité de l'interprétation », op. cit., p. 38, § 73.

¹⁰³⁷ A. GESLIN, « Motifs, Sujet et autorité de l'interprétation », op. cit., p. 38, § 73.

¹⁰³⁸ Voy. *Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques*, conclue à Paris le 14 décembre 1960, art. 5 et 7.

¹⁰³⁹ *Statuts de l'Agence de l'OCDE pour l'Énergie nucléaire tels qu'amendés par les Décisions du Conseil*, C(77)183(Final), C(92)220 et C(95)157/FINAL, art. 2, 3 et 8, disponible sur <https://www.oecd-nea.org/law/pubs/1995/nea-statute.pdf>.

¹⁰⁴⁰ Document NEA/NE(2010)7 concernant le Mandat du Comité sur la période 2011-2016 in OCDE, *Répertoire des organes de l'OCDE*, Paris, Ed. OCDE, 2012, p. 581. Voy. également https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_21472/nuclear-law-committee-nlc.

¹⁰⁴¹ Telle est d'ailleurs la définition même ces actes, devenus d'usage constant dans la pratique des organisations internationales, que l'on peut qualifier comme « une résolution d'un organe international adressée à un ou plusieurs destinataires qui lui sont extérieurs et impliquant une invitation à adopter un comportement déterminé, action ou abstention ». Expriment « un simple vœu à l'égard de ceux auxquels elle s'adresse », elles ne sont qu'exceptionnellement obligatoires : voy. M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *AFDI*, 1956, pp. 66-96, sp. p. 68 ; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., s.v. « recommandation ».

du risque nucléaire de fusion dans le champ d'application de la Convention de Paris. Il est en effet bien admis que « *these auxiliary means and instruments also helped keeping the Paris and the Brussels Convention à jour without a formal treaty revision* »¹⁰⁴². Ces instruments sont, en outre, un exemple type de la manifestation du pouvoir normatif de l'OCDE. Dans de nombreux domaines, l'Organisation a su faire montre de réelles capacités d'adaptation et son réseau d'organes et de groupes d'experts constitue un véhicule d'adaptation et de modernisation aux exigences du temps, garantissant l'effectivité et la pertinence continue de ses instruments conventionnels¹⁰⁴³. Une telle interprétation, aussi satisfaisante soit-elle sur le plan théorique, suscitent néanmoins certains questionnements qui invitent à quelques réflexions succinctes sur ses modalités.

2. L'autorité juridique des décisions du Comité de Direction

246. Une composition divergente comme source apparente de difficultés. On ne peut sérieusement contester, de manière générale, la compétence des organes non juridictionnels des organisations internationales pour interpréter sa charte constitutive¹⁰⁴⁴, les traités qui engagent ces organisations et les traités qui sont invoqués devant eux dans le cadre de leurs fonctions¹⁰⁴⁵. Tout au plus, on pourra discuter de l'étendue de cette compétence et de la portée de l'interprétation ainsi fournie, qui variera en fonction de l'autorité de l'organe et de la possibilité, ou non, de faire appel de ses décisions. Bien qu'on reconnaisse que la valeur juridique d'une interprétation formulée par une organisation internationale dépend de l'instrument dans lequel elle est formulée, sa portée juridique peut néanmoins évoluer. Ainsi, une interprétation unilatérale émanant d'un organe n'ayant qu'un pouvoir de recommandation peut valoir interprétation concertée, et conduire à une révision implicite du traité en cause. Tel est notamment le cas, lorsqu'une telle recommandation est adoptée par consensus ou à l'unanimité par un organe plénier de l'organisation, au sein de laquelle siègeront tous les États qui en sont membres¹⁰⁴⁶. À l'inverse, la même interprétation adoptée à la majorité des membres ou émanant d'un organe restreint, voire d'un organe d'experts siégeant à titre individuel¹⁰⁴⁷ pourra faire perdre à cette dernière un degré d'autorité¹⁰⁴⁸. La volonté exprimée sera en effet celle d'un nombre limité — ou nul — des membres de l'organisation, et se distendra d'une interprétation commune. Autrement dit,

¹⁰⁴² N. PELZER, « The NEA Nuclear Law Committee – from the viewpoint of a Committee Member », *Presentation on the Occasion of the 50th Anniversary of the Nuclear Law Committee* disponible sur <https://www.oecd-nea.org/law/colloquium/pelzer.pdf>

¹⁰⁴³ Voy. SFDI, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Paris, Pedone, 2014 et notamment la contribution de M. GAVOUNELI, « L'effet normatif des mécanismes de suivi : l'exemple de la lutte contre la corruption » (pp. 45-53) dont la comparaison avec le système de la *Convention de Paris* peut apporter des perspectives intéressantes.

¹⁰⁴⁴ C'est d'ailleurs ce point qui fait l'objet de plus d'études, en ce qu'il révèle, très souvent, la prévalence d'une interprétation dynamique et efficace de l'organisation orientée vers le futur : voy. I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, pp. 122 et ss ; E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dirs), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 210 et ss ; E.P. HEXNER, "Interpretation by Public International Organization on their Basic instruments", *AJIL*, vol. 53, 1959, pp. 331-340 et CDI, « Projets de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n°12, pp. 82 et ss ; « Troisième rapport de Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », 2015, A/CN.4/683.

¹⁰⁴⁵ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 281

¹⁰⁴⁶ CIJ, *Chasse à la Baleine dans l'antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle Zélande intervenant)*, *op. cit.*, p. 248, § 46.

¹⁰⁴⁷ Voy. sp. CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n°13, sp. pp. 96 et ss, et « Quatrième rapport de Georg NOLTE sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », 2016, doc. A/CN.4/694, pp. 5-39. Il ne s'agira cependant pas de s'attarder sur cette modalité car si le Comité de droit nucléaire constitue effectivement un organe d'expert, il s'agit d'experts gouvernementaux se limitant à faire des propositions qui sont ensuite adoptées par le Comité de Direction.

¹⁰⁴⁸ Voy. I. VOÏCU, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, *op. cit.*, p. 126.

il n'est ici qu'une simple manifestation de la règle *ejus est interpretari legum cujus est condere*. À cet égard, il faut donc relever le caractère somme toute original du Comité de Direction, et par extension du Conseil de l'OCDE lui-même.

Le Comité de Direction, nous l'avons précisé plus haut, est l'organe directeur et plénier de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire, laquelle constitue elle-même un organe, si l'on peut dire, de l'OCDE. Composé des États qui en sont membres, le Comité de Direction compte donc 34 représentants. Or, parmi ces 34 membres, seuls 16 d'entre eux sont parties à la Convention de Paris. Dès lors, il commence à se dessiner la problématique liée à l'interprétation qu'il pourrait fournir du terme *réacteur*. En effet, en vertu de l'article 11 du Statut de l'Agence, « les décisions, avis ou recommandations du Comité de Direction sont adoptés par accord mutuel de ses membres présents et votants »¹⁰⁴⁹. Cela signifie qu'une recommandation visant à la réinterprétation du terme *réacteur* de la Convention de Paris pourrait imposer de recueillir l'assentiment de tous les États présents et votants¹⁰⁵⁰. Cela signifie qu'il pourrait imposer de recueillir l'accord des 34 membres de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire alors que ces derniers ne sont pas parties à la Convention de Paris. À la différence, le pouvoir de décision qui lui est conféré dans le cadre de l'article 16 de la Convention de Paris est explicitement limité aux représentants des parties contractantes¹⁰⁵¹. Pareille situation se présenterait d'ailleurs si une telle recommandation était adoptée par le Conseil de l'OCDE, soit à la majorité, soit à l'unanimité¹⁰⁵². En effet, alors que l'Agence pour l'énergie nucléaire comporte 34 États membres, l'OCDE en comporte 38, mais sans qu'il soit nécessairement observé une identité de parties entre ces États. Ainsi, toutes les parties à la Convention de Paris sont également membres de l'OCDE. La réciproque n'est cependant pas vérifiée, puisque l'Argentine ou la Bulgarie sont membres de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire sans être ni membre de l'OCDE ni partie à la Convention de Paris.

247. L'authenticité de l'interprétation indifférente de la composition divergente. Ainsi, on comprend les difficultés que ces compositions divergentes pourraient poser au regard de l'autorité des interprétations ainsi opérées. Bien que ni les interprétations du Comité de Direction ni, par extension, les recommandations du Conseil de l'OCDE ne soient *a priori* obligatoires, peuvent-elles être considérées comme des interprétations authentiques dès lors qu'elles recueillent l'accord des États membres, mais accompagnés de celui d'États non-membres ? Si l'on doit s'en référer aux situations qui ont fait l'objet de l'étude menée par la Commission du droit international et aux

¹⁰⁴⁹ *Statuts de l'Agence de l'OCDE pour l'Énergie nucléaire tels qu'amendés par les Décisions du Conseil*, op. cit., art. 11.

¹⁰⁵⁰ Il y a toutefois des soupapes. Un État membre peut en fait (1) s'abstenir, sans pour autant faire obstacle à l'adoption de l'acte, (2) réserver sa position ou adopter l'acte sous réserve (3) des prescriptions de sa procédure constitutionnelle ou sous réserve (4) de recevoir des instructions en ce sens de sa capitale. Enfin, (5), l'adoption peut être accompagnée de déclaration interprétative et de réserves. Un État absent est considéré, en pratique, comme ayant réservé sa position. L'acte ne s'appliquera pas à lui tant qu'il aura décidé du contraire : voy. *Règlement de Procédure du Comité de Direction*, article 20 ; B. COLAS, *L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et de l'environnement*, op. cit., pp. 91 et s. De plus l'article 11 des Statuts de l'Agence pour l'énergie nucléaire dispose que les décisions sont adoptées par accord mutuel des membres (sauf cas spécial à la majorité), mais précise que les décisions engageant les gouvernements n'obligent que les États qui les ont acceptées.

¹⁰⁵¹ *Convention de Paris* (2004), art. 16.

¹⁰⁵² *Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques*, art. 5 et 6. Il faut notamment savoir que le Conseil de l'OCDE a pour usage d'entériner les sujets instruits par les comités techniques, parmi lesquels le Comité de droit nucléaire. Il faudrait donc que la question soit préalablement traitée par le Comité de Direction. Qui plus est, le Conseil de l'OCDE comporte une participation plus large et implique donc la sollicitation de délégations, notamment dirigée vers des États qui ne sont ni partenaires du projet ITER, ni parties contractantes à la Convention de Paris.

conclusions qu'elle en a tiré pour ce qui concerne l'interprétation authentique, de telles décisions ne seraient ni assimilables aux interprétations opérées par une conférence des parties en tant qu'organe conventionnel ni assimilables aux interprétations opérées par les organes pléniers d'une organisation internationale de leurs actes constitutifs¹⁰⁵³. Arrivés à ce stade, l'on sait pourtant que, si ces formes d'accord ou de pratique y ont été mises en lumière, c'est parce que, loin de répondre à des exigences purement formelles, elles doivent surtout offrir un cadre propice à la rencontre des volontés des États susceptibles d'être concernés par l'interprétation du traité. On pourra ainsi rappeler les mots de la Cour internationale de Justice, qui à l'égard des recommandations de la Commission baleinière, a considéré que :

« [l'] article VI de la convention énonce que “[l]a commission pourra formuler de temps à autre, à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la présente convention’. Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n’ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu’elles sont adoptées par consensus ou à l’unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l’interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé »¹⁰⁵⁴.

Quoique la Commission ait été un organe directement institué par le traité interprété, contrairement au Comité de Direction, l'exemple n'en demeure pas moins intéressant en raison de son caractère quelque peu inclassable (ni conférence des parties, ni organe d'une organisation internationale)¹⁰⁵⁵. Pour cette raison, il nous semble que ces mots de la Cour, qui matérialisent une nouvelle fois la souplesse conférée à l'accord ultérieur d'interprétation, trouvent un écho certain dans le cadre du présent propos. À l'endroit de l'autorité conférée à l'interprétation pouvant être opérée du terme *réacteur*, il importe peu qu'elle soit adoptée au sein d'un comité à la composition plus large que les Parties à la Convention : ce qui compte, c'est que l'interprétation recueille, en son sein, leur assentiment. Elle pourrait même permettre de jouir d'un cadre institutionnel effectif, qui a déjà fait ses preuves. La seule difficulté qui subsisterait serait donc une difficulté strictement politique. Là où l'interprétation « purement » authentique n'impose de recueillir que l'accord des parties à la Convention de Paris, une interprétation du Comité de Direction imposerait de recueillir l'accord d'États non directement intéressés, pour le moment, par le développement de la fusion nucléaire, mais pouvant, par le biais de leurs ressortissants, être néanmoins intéressés par la couverture de ses dommages¹⁰⁵⁶.

En conclusion, malgré leur caractère non obligatoire, ce type de recommandation ne serait pas dépourvu d'effets juridiques. « Utile[s] pour favoriser l'adaptation et le développement des normes aux activités nouvelles et aux transformations d'activités anciennes »¹⁰⁵⁷, les Membres y attachent ainsi autant d'importance qu'aux décisions. Il arrive même qu'ils les leur préfèrent « par pure forme »,

¹⁰⁵³ Voy. CDI, « Projets de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *op. cit.*, conclusion n°12, pp. 82 et ss et conclusion n°13, sp. pp. 96 et ss,

¹⁰⁵⁴ CIJ, *Chasse à la Baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande [intervenant])*, arrêt du 31 mars 2014, *op. cit.* p. 248, § 46.

¹⁰⁵⁵ Voy. CDI, « Projets de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », *op. cit.*, pp. 71-72, § 2.

¹⁰⁵⁶ De plus, la plupart des États parties à la *Convention de Paris* sont parties à ITER Organisation via Euratom. Cela toutefois ne doit pas préjuger de l'intérêt que pourraient porter les autres États membres de l'AEN au développement de la fusion et à la question de sa couverture par un régime de responsabilité. On pourra néanmoins préciser que le Japon est membre de l'AEN et d'ITER, tout comme les États-Unis.

¹⁰⁵⁷ B. COLAS, *L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et de l'environnement*, *op. cit.*, p.52.

puisqu'ils sont disposés à les appliquer, elles leur permettent d'éviter une quelconque intervention des autorités infra-étatiques¹⁰⁵⁸. Tel ne sera probablement pas le cas, en revanche, d'une interprétation opérée par le Tribunal européen de l'Énergie nucléaire, dont la compétence d'interprétation apparaît comme un succédané à celle du Comité de Direction.

B. Le Tribunal européen pour l'Énergie nucléaire

248. La clause compromissoire de la Convention de Paris. En droit international, le règlement des différends, s'il doit être pacifique, reste fondé sur la volonté des États, qu'il soit diplomatique ou juridictionnel. Ce principe fondateur de la justice internationale, qui « traverse la jurisprudence à la manière d'un fil d'or dont la pérennité défie le temps »¹⁰⁵⁹, a pour conséquence que l'État souverain ne sera soumis au jugement d'un tiers que s'il y a consenti, soit directement, avant le règlement d'un litige déterminé, soit par anticipation au moyen d'une clause générale figurant dans l'instrument conventionnel, autrement appelée « clause compromissoire ». Servant autant à anticiper le règlement des différends susceptibles de naître de l'application d'un traité que ceux (intrinsèquement liés) susceptibles de naître de son interprétation, ces clauses compromissoires peuvent donc expressément attribuer une compétence d'interprétation au juge international. Si le panorama des jurisprudences étudiées jusqu'alors peut témoigner de la forte contribution du juge à l'interprétation des traités internationaux, tel pourrait être le cas du Tribunal européen de l'énergie nucléaire auquel la Convention de Paris confère une telle compétence aux termes de son article 17 :

« [t]out différend entre deux ou plusieurs Parties Contractantes relatif à l'interprétation ou à l'application de la présente Convention sera examiné par le Comité de Direction et à défaut de solution amiable soumis, à la demande d'une Partie Contractante intéressée, au Tribunal créé par la Convention en date du 20 décembre 1957 sur l'Établissement d'un Contrôle de Sécurité dans le Domaine de l'Énergie Nucléaire »¹⁰⁶⁰.

249. Plan. Néanmoins, parce que ce Tribunal a jusqu'alors fait montre d'une pratique inexistante (1.), il convient de questionner l'autorité attachée à l'interprétation qu'il pourrait être conduit à opérer du terme *réacteur* (2.).

1. Une activité inexistante interrogeant la liberté et l'autorité interprétative du Tribunal

250. Une compétence *ratione materiae* progressivement limitée. Établi par la Convention de 1957 sur l'établissement d'un contrôle de sécurité dans le domaine de l'énergie nucléaire et de son Protocole relatif, le Tribunal avait été initialement créé pour prévenir la prolifération des armes nucléaires, une activité dont il a été suspendu pour éviter un double emploi avec les systèmes établis par la suite par EURATOM et l'AIEA. Il conserve donc aujourd'hui pour unique compétence celle du règlement des différends entre les États Parties à la Convention de Paris et à la Convention complémentaire de

¹⁰⁵⁸ Voy. B. COLAS, *L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et de l'environnement*, op. cit., pp. 52 et ss.

¹⁰⁵⁹ P. WEIL, *Écrits de droit international*, Paris, PUF, 2000, p. 101 et CPJI, *Statut de la Carélie orientale*, avis consultatif, 23 juillet 1923, Série B, n°5, p. 27 : « [i]l est bien établi en droit international qu'aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement ».

¹⁰⁶⁰ *Convention de Paris* (2004), art. 17.

Bruxelles¹⁰⁶¹. Composé de sept juges indépendants désignés pour un mandat de cinq ans par le Conseil de l'OCDE sur la base d'un système de rotation entre les États Parties à la Convention sur le contrôle de sécurité et à la Convention de Paris¹⁰⁶², ses décisions sont obligatoires¹⁰⁶³. Renouvelé en 2015 pour un 9^e mandat, aucune affaire ne lui a jamais été soumise jusqu'à ce jour. Dans l'hypothèse où un différend surviendrait entre les parties quant à l'interprétation du terme *réacteur*, il mérite cependant que notre étude lui consacre quelques lignes.

251. Une liberté interprétative à géométrie variable ? Concernant les règles d'interprétation dont devrait faire usage le Tribunal, tout a déjà été dit. C'est en effet dans l'hypothèse où une réinterprétation du terme *réacteur* serait débattue devant le Tribunal (ou quelconque organe « tiers ») que les justifications juridiques recherchées à la *Section* précédente prendraient toute leur importance¹⁰⁶⁴. Nul ne peut cependant « prétendre savoir comment un juge parvient effectivement à ses conclusions »¹⁰⁶⁵, et cela d'autant plus lorsque celui-ci fait montre d'une pratique nulle. Au-delà des justifications juridiques exposées *supra*, il convient donc d'interroger les repères systémiques susceptibles d'influencer les choix effectués par le tribunal. De la même manière que la distinction entre traité-contrat et traité-loi peut potentiellement influencer sur l'interprétation d'un texte conventionnel, le choix des méthodes interprétatives employées peut effectivement être conditionné par la situation de la juridiction¹⁰⁶⁶. Ainsi, une « juridiction investie d'un projet commun » peut manifester une plus « grande audace » qu'un juge chargé d'interpréter un traité classique¹⁰⁶⁷. La question se pose donc de savoir si le cadre institutionnel de l'OCDE, le régime de la responsabilité civile nucléaire et même l'existence d'un droit nucléaire pourraient influencer sur la décision des juges du Tribunal, si le problème leur était, un jour, soumis.

2. Une liberté et une autorité interprétative « systématiquement » conditionnée

252. L'influence du système sur l'opération interprétative du juge. La configuration du système dans lequel s'opère la fonction juridictionnelle peut structurer la marge de manœuvre du juge et l'influencer sur l'interprétation qu'il fera d'un texte conventionnel. En effet, « l'ancrage des juridictions dans des ensembles institutionnels structurés, créés par les États pour atteindre des objectifs donnés en y consacrant des moyens déterminés, assoit la position du juge et renforce concomitamment sa marge de manœuvre interprétative »¹⁰⁶⁸. C'est d'ailleurs en ce sens que Denys SIMON a proposé un critère tenant à l'institutionnalisation du système concerné¹⁰⁶⁹. Mais quoique l'Union européenne ait souvent constitué un modèle en la matière, des structures plus simples et

¹⁰⁶¹ *Convention de Paris* (2004), art. 17.

¹⁰⁶² Toutefois, si le tribunal ne comprend pas un juge de la nationalité de l'une des parties au différend, cette dernière pourra désigner une personne supplémentaire ad hoc.

¹⁰⁶³ <https://www.oecd-nea.org/law/european-nuclear-tribunal-rules.pdf>

¹⁰⁶⁴ Voy. *supra* Section 1.

¹⁰⁶⁵ Observation de M. de LUNA à la CDI, « Compte rendu analytiques de la seizième session », *op. cit.*, p. 298, § 40.

¹⁰⁶⁶ Voy. D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales (Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle)*, Paris, Pedone, 1981, p. 494

¹⁰⁶⁷ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 243 ; P.-M. DUPUY, "Evolutionary interpretation of treaties : between memory and prophecy", *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁶⁸ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 243

¹⁰⁶⁹ Voy. D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, *op. cit.*

certaines régimes conventionnels peuvent également s'avérer suffisamment institutionnalisés ou « systématisés » pour que cette caractéristique se répercute sur la marge de manœuvre du juge¹⁰⁷⁰. Au-delà de la définition héritée de KELSEN ou de HART qu'on lui connaît traditionnellement et qui l'associe souvent à l'ordre juridique¹⁰⁷¹, un système peut plus largement être défini comme un « ensemble de règles, considéré sous le rapport de ce qui fait la cohérence »¹⁰⁷² ou comme

« un ensemble dont les éléments ne s'agrègent pas au hasard, mais constituent un "ordre" en ce qu'ils sont reliés les uns aux autres et à l'ensemble lui-même par des liens tels qu'on ne peut envisager l'un de ces éléments isolés de son entourage sans l'analyser faussement »¹⁰⁷³.

Un système peut ainsi se voir constitué par une organisation internationale, mais également par un régime juridique au sens « d'un ensemble de règles consacrant des droits, obligations, compétences applicables à une certaine situation en vue d'atteindre certains buts »¹⁰⁷⁴. Parce qu'une « grande diversité de systèmes établissent des ensembles structurés et cohérents dans une mesure variable, sans pour autant définir le même type de construction organique »¹⁰⁷⁵, l'ensemble normatif de l'OCDE ou le régime de responsabilité civile nucléaire institué par les Conventions Paris-Bruxelles — comme partie intégrante (ou non) d'un droit nucléaire autonome¹⁰⁷⁶ ou (à l'excès) d'un système juridique à part entière¹⁰⁷⁷ — pourraient constituer des constructions systémiques susceptibles d'influencer sur l'office des juges du Tribunal.

Or, plus une société est intégrée, mieux la juridiction y est acceptée et efficace¹⁰⁷⁸. L'appartenance de la juridiction à un système organisé conditionne ainsi la liberté interprétative du juge et peut le conduire à adopter une posture particulièrement dynamique et constructive. Parce qu'il cherchera à poursuivre les finalités de l'institution, ce dernier s'affranchira plus commodément des limites strictes du texte et de la volonté initiale des parties pour chercher à privilégier la réalisation des objectifs communs. Davantage préoccupé par la concrétisation de l'objectif commun, il finira par développer un « esprit de corps » avec son institution et « par accuser une certaine autonomie par rapport aux États créateurs »¹⁰⁷⁹. À l'inverse, si le système montre un défaut de cohérence, « l'attitude du juge sera prudente et [ce dernier] n'osera aller au-delà des indications fournies par les éléments de texte »¹⁰⁸⁰.

À cela s'ajoute, l'influence reconnue à la juridiction au sein de l'ordre juridique concerné. Parce que les juges ont « tout intérêt à ce que leurs décisions soient "utiles", c'est-à-dire non seulement qu'elles

¹⁰⁷⁰ Voy. concernant le système de la Convention européenne des droits de l'homme, l'analyse de J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., pp. 242 et ss.

¹⁰⁷¹ Voy. plus généralement sur la notion de système G. TIMSIT, « Système » in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003 pp. 1462-1465 ou encore F. KERCHOVE, F. OST, *Le système entre ordre et désordre*, op. cit.

¹⁰⁷² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., s.v. « système ».

¹⁰⁷³ J. COMBACAU, « Le droit international : bric à brac ou système ? », *APD*, vol.31, 1986, p. 86.

¹⁰⁷⁴ J. BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 336 ; D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, op. cit., p. 632.

¹⁰⁷⁵ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 245.

¹⁰⁷⁶ Voy. Y. MARTIQUET, *L'autonomie du droit nucléaire : Contribution à l'étude de la nature et des caractères d'un droit nouveau*, thèse, Nîmes, 2015, 482 p.

¹⁰⁷⁷ Voy. A-S. MILLET, *L'invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, thèse, Université de Nice, 1991, 625 p., bien que nous n'adhérons pas à cette idée comme montré en introduction en raison, à notre avis, d'un défaut de cohérence, du droit nucléaire dans son entièreté.

¹⁰⁷⁸ A. PELLET, « Harmonie et contradiction de la justice internationale » in R. BEN ACHOUR, S. LAGHMANI (dirs), *Harmonie et contradiction en droit international*, Paris, Pedone, Paris, 1996, p. 200.

¹⁰⁷⁹ KOLB, *Interprétation et création du droit international*, op. cit., p. 285.

¹⁰⁸⁰ V. BORE-EVENO, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, op. cit., p. 337.

répondent à un besoin, mais encore qu'elles puissent effectivement trouver à s'appliquer », la fonction juridictionnelle revêt une dimension « politique », voire « économique »¹⁰⁸¹. Dès lors, ces derniers doivent chercher à conserver la confiance que leurs créateurs ont mise en eux. Il a ainsi été démontré que l'aspect créatif du travail interprétatif des juges prendra plus d'ampleur lorsque leur compétence est obligatoire et que la portée de leurs décisions est contraignante¹⁰⁸². En sus de la structuration du système, la marge de manœuvre du juge sera donc fortement conditionnée par sa situation au sein de l'ensemble concerné.

253. Les influences divergentes et ambivalentes des « systèmes » du régime de Paris-Bruxelles. Dès lors, si l'on s'intéresse à la transposabilité de ce cadre au régime de responsabilité civile nucléaire, le résultat est « à double tranchant ». D'un côté, la structure et la politique de l'OCDE sous-tendent à une idée d'évolution permanente. De plus, les finalités du régime de responsabilité Paris-Bruxelles reposent sur une communauté de principes. La recherche d'un traitement adéquat pour les victimes de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire et la garantie du développement de cette énergie se démontrent par l'ensemble des instruments mobilisés à cette fin constituant un ensemble cohérent et harmonisé mû par un but commun. Ce premier « système de responsabilité » trouve encore davantage de cohérence dans le régime globalisé de responsabilité civile nucléaire dont d'aucuns ont revendiqué le caractère quasi-coutumier¹⁰⁸³, voire dans le but affiché du droit nucléaire, lesquels dépassent les frontières de l'OCDE. D'un autre côté, le statut du juge dans ce système, à la différence d'autres systèmes normatifs¹⁰⁸⁴, n'est que très peu reconnu et ne peut se prévaloir d'aucune insertion institutionnelle. Bien que la compétence du Tribunal soit expressément reconnue par la Convention de Paris comme la Convention de Bruxelles et que ses décisions soient obligatoires, l'absence de pratique rend difficilement acceptable l'idée que celui-ci puisse bénéficier d'un statut suffisamment affirmé tant au sein de l'institution de l'OCDE qu'au sein du régime de responsabilité civile nucléaire pour lui permettre une certaine audace. Qui plus est, le régime globalisé, qui se superpose, concurrence et dépasse le cadre de l'OCDE, s'il permet effectivement d'identifier une volonté des États d'organiser un droit autour des risques de cette énergie, constituerait tout autant un frein à la liberté interprétative du Tribunal. Recherchant une cohérence globale du système, le juge pourrait être influencé par les indices relevant de ce contexte externe de la Convention de Paris qui s'inscrit *a priori* à l'encontre d'une réinterprétation du terme réacteur¹⁰⁸⁵. Reste donc à savoir quel « système » pourra

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 381.

¹⁰⁸² *Ibid.*, pp. 381-409.

¹⁰⁸³ Voy. P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, pp. 130 et ss, sp. pp. 137-138 : « tout porte à penser qu'en dépit des principes classiques du droit des gens, les solutions admises par les conventions nucléaires devraient, pour des raisons d'équité, inspirer très directement l'attitude des Puissances, ou en cas de litige, des arbitres placés devant la nécessité de faire droit aux victimes civiles des dommages nucléaires [...] il semble que le juge international, en particulier, s'il devait trancher un différend relatif au préjudice nucléaire en l'absence de texte spécial, ne se trouverait sans doute pas démuné [...] la création d'une responsabilité sans faute, dirigée exclusivement contre la personne de l'exploitant mais limitée en montant (ainsi que dans le temps) par les principaux systèmes de droit, incite à conclure qu'il existe aujourd'hui une espèce de *corpus juris* en matière atomique, inspiré par les caractères propres à cette activité d'un haut degré de technologie ou, à tout le moins, un principe général de droit selon lequel les victimes doivent être indemnisées sur une base objective ».

¹⁰⁸⁴ Notamment le système des droits de l'Homme comme mis en exergue par J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, sp. pp. 241 et ss.

¹⁰⁸⁵ Voy. *supra* Section 1, § 1, B, 2.

l'emporter sur l'autre, et la mesure dans laquelle l'un ou l'autre pourra influencer vers une réinterprétation de la Convention de Paris.

254. Conclusion du § et de la Section. Le présent paragraphe comme la présente Section avait pour vocation d'étudier les modalités par lesquelles pourrait s'opérer une réinterprétation du terme *réacteur* de la Convention de Paris aux fins d'une intégration des activités de fusion en son sein. Suivant une dichotomie droit général/droit spécial, cette Section a donc proposé l'étude d'une interprétation authentique opérée directement par les parties par le biais d'une pratique ultérieure provoquée ou tout simplement d'un accord ultérieur visant à inscrire la volonté émergée des parties de conférer à ce terme le sens que l'évolution technologique doit aujourd'hui imposer de lui conférer. Constituant un mode d'adaptation informel du traité, ces modalités devaient certainement convaincre en raison de l'autorité de l'interprétation authentique qui s'exonère de toute justification. Par la suite, c'est en s'intéressant aux modalités prévues par la Convention de Paris elle-même que devait être envisagée la mise en œuvre de cette même interprétation. À son endroit, le constat est néanmoins apparu plus mitigé. S'il ne nous a pas été permis de remettre en cause l'autorité d'une interprétation opérée par le Comité de Direction de l'énergie nucléaire, voire du Conseil de l'OCDE, il est néanmoins apparu que la représentation large au sein de ces organes pourrait éventuellement constituer un obstacle politique, quand la cause ne semble d'ailleurs pas acquise au sein des États directement concernés. Enfin, l'exhaustivité commandait de s'intéresser au Tribunal pour l'Énergie nucléaire à l'égard duquel l'argumentation présentée dans la Section 1 de ce Chapitre pourrait prendre plus d'ampleur. À son égard, le propos ne peut aboutir à une conclusion tranchée tant son inexpérience est proportionnelle aux enseignements que l'on peut tirer de sa politique jurisprudentielle, i.e. nulle. Il n'est pas dit cependant qu'il ne puisse un jour être saisi d'une telle question, notamment si un État ayant fait le choix d'une telle interprétation devait se voir opposer les objections de ses cocontractants.

Certes, cette Section ne s'est pas spécifiquement intéressée à l'interprétation par le juge interne. Cela ne signifie pas que ce dernier ne puisse pas être conduit à procéder à une interprétation de cette Convention. Cela a d'ailleurs été incidemment mis exergue au sein de l'étude, parce qu'il sera appelé à être le juge privilégié pour mettre en œuvre les dispositions de ladite Convention en cas d'accident nucléaire. Tel serait notamment le cas en droit français dès lors que les dispositions pertinentes du *Code de l'environnement* renvoient *in extenso* à l'instrument conventionnel. Or, si dans cet office, les tribunaux appliquent explicitement les règles coutumières de la Convention de Vienne sur le droit des traités et n'hésitent pas également à s'inspirer de la jurisprudence de leurs homologues de l'ordre international afin d'éclairer le sens de ces normes « venues d'ailleurs »¹⁰⁸⁶, nul ne peut préjuger de la possibilité qu'un juge, confronté à un accident nucléaire de fusion, ne fasse pas le choix d'interpréter le terme réacteur voyant là une lacune *de lege feranda* à résoudre¹⁰⁸⁷. L'opération serait risquée et ce pouvoir créateur du juge paraîtrait déjà très audacieux. Mais il est également possible que cette

¹⁰⁸⁶ Voy. *supra* Section 2, § 1, A, 1, note n°981.

¹⁰⁸⁷ On entend généralement la lacune *de lege feranda* comme une « fausse lacune » ou une lacune « politique », c'est-à-dire comme celle représentant l'absence de norme adéquate : voy. U. KLUG, « Observations sur les lacunes en droit », *Logique et Analyse*, vol. 37, 1967, pp. 98-116 ; P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *Logique et Analyse*, vol. 37, 1967, pp. 57-77 ou encore H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 248 et ss.

intervention « interprétative » provienne d'une autre autorité étatique nationale¹⁰⁸⁸. Quoiqu'il en soit, l'intérêt de ce procédé résiderait dans le fait qu'il autoriserait l'État à étendre le champ d'application de la Convention de Paris, en son *for*, sans altérer directement le champ d'application de la Convention, et donc sans se placer dans une « illicéité » à tout le moins manifeste¹⁰⁸⁹. En effet, si l'on a pu évoquer le cas de l'*Atomgesetz* comme incluant la fusion, il n'en demeure pas moins qu'au titre du § 26 de ladite loi, les dommages en résultant devaient avoir été exclus du régime de la Convention de Paris et réparés sur un autre fondement, se rapprochant d'une responsabilité pour faute¹⁰⁹⁰. Il reste à voir si l'interprétation nationale permettrait d'aboutir à un résultat différent. En tout état de cause, une telle interprétation ne connaîtrait qu'une portée réduite. Elle n'engagerait que cet État et ne vaudrait *a priori* que dans l'hypothèse où sa législation serait applicable conformément aux règles substantielles qui seront étudiées *infra*, et au préjudice du bénéfice des systèmes de réparation complémentaires qui y seront également exposés. Or cette restriction s'ajouterait à la portée déjà réduite qu'emporterait une réinterprétation du terme *réacteur* de la Convention de Paris, nous conduisant à conclure sur les enseignements tirés de ce *Chapitre*.

255. Conclusion du Chapitre. La première *Section* du présent *Chapitre* avait pour vocation de démontrer que le caractère holistique des règles d'interprétation pouvait autoriser une interprétation du terme *réacteur* sans porter atteinte à l'intégrité du texte, et ainsi intégrer les installations de fusion. L'objet de la seconde *Section* a été de montrer comment la fonction argumentative des règles de l'interprétation pouvait être relativisée en fonction de l'identité de l'interprète, par la confrontation de l'interprétation opérée directement par les États parties à celle qui serait opérée par un tiers. Dès lors, nous avons pu constater que si les États, maîtres de leurs traités, peuvent se permettre infiniment plus de liberté pour une réinterprétation du terme « réacteur », les modalités de cette interprétation s'avèrent néanmoins soumises à des conditions relativement strictes. À l'inverse, si l'entérinement de celle produite par un tiers peut se révéler plus aisé, son absence de caractère authentique constitue un frein à sa légitimité. Aussi, l'interprétation constitue certainement un mode d'adaptation des traités plus flexible que l'amendement. De plus, puisqu'elle ne porte pas atteinte à l'intégrité du texte, elle épargnerait le risque de fragmentation susceptible de résulter d'une procédure d'amendement. Elle n'en demeure pas moins rigide lorsque l'on cherche à lui conférer l'autorité suffisante à son effectivité. Surtout, l'inconvénient majeur reste qu'elle présente une portée limitée.

Rappelons, en effet, que pour intégrer les activités de fusion au sein des conventions de responsabilité civile nucléaire par la voie de l'interprétation, il fallait trouver une porte d'entrée à la réalisation de cette opération. Cette porte d'entrée a ainsi été matérialisée par l'absence de définition conférée au terme *réacteur* au sein de la Convention de Paris — la Convention de Vienne ayant, pour ce même motif, été exclue de l'étude. Cela constitue donc une première limite quand le développement de la

¹⁰⁸⁸ Voy. A. GESLIN, « Traités. Interprétation. Motifs. Sujets et autorité de l'interprétation », *op. cit.*

¹⁰⁸⁹ Voy. sur ces limites L. GRAMMATICO-VIDAL, « Quand la science se heurte au droit : responsabilité civile nucléaire et installation de fusion », *op. cit.*, p. 234. On pourra d'ailleurs rapprocher cette hypothèse avec le Préambule, lequel dispose explicitement de laisser aux « pays la possibilité de prendre, sur le plan national, les mesures complémentaires qu'ils estimeraient nécessaires » : *Convention de Paris* (2004), Préambule, § 4.

¹⁰⁹⁰ *Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)*, § 26.

fusion nucléaire pourrait commander que les dommages occasionnés soient couverts par les deux ensembles conventionnels. Ensuite, la modification informelle ne viserait que le terme *réacteur* sans porter aucune atteinte au sens des autres termes clefs. Or cela limiterait inévitablement le champ d'application de la Convention de Paris dès lors que les seuls dommages couverts ne pourraient être que ceux résultant « de toute autre source de rayonnements ionisants se trouvant dans une installation nucléaire », excluant ainsi tout dommage causé en cours de transport et/ou mettant en jeu des substances nucléaires en provenance ou à destination de cette installation¹⁰⁹¹. Il en résulte qu'en dépit de son intérêt certain, l'interprétation n'en demeure pas moins insuffisante et cela doit conduire à la considérer comme une solution précaire.

Enfin, si l'on doit prendre en compte le grand public dont l'opinion, comme nous le verrons *infra*, pourrait constituer un moteur important du développement de cette source d'énergie, il faut mesurer le risque d'une adaptation interprétative quand « parmi la population, les craintes sont grandes » et que « le législateur doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour lutter contre la peur de l'emploi de l'énergie atomique et donner à chacun le sentiment qu'on a prévu toutes les mesures possibles de sécurité et de protection, et le cas échéant de dédommagement »¹⁰⁹².

¹⁰⁹¹ Rappelons, en effet, qu'aux termes de la Convention de Paris, l'exploitant est responsable pour le dommage résultant *a minima* des propriétés radioactives de combustibles nucléaire ou produits ou déchets radioactifs, ou d'une émission de rayonnement ionisant se trouvant sur une installation, et que l'on présume qu'un accident nucléaire impliquera nécessairement l'émission de rayonnement ionisant : voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.vii) et *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

¹⁰⁹² E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *RIDC*, vol. 9, 1957, pp. 676, 681.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

256. Ce *Titre* avait pour objectif d'étudier les moyens offerts par le droit international pour adapter un instrument conventionnel lorsque les circonstances factuelles entourant sa conclusion ont évolué. Dans le but d'étendre le champ d'application des conventions relatives à la responsabilité civile nucléaire aux installations de fusion, deux techniques de « revitalisation de la norme »¹⁰⁹³ ont été étudiées et ont révélé, pour chacune, leurs qualités et leurs faiblesses. Là où l'adaptation formelle a démontré sa sécurité, mais aussi sa rigidité, l'interprétation a fait montre de plus de flexibilité, mais aussi de plus d'incertitude et d'insuffisance. Pour cela, arrivés au terme de cette étude, nous nous garderons bien de les opposer. Au contraire, il serait largement possible, voire nécessaire, d'imaginer une complémentarité entre elles, et pour ce faire, nous nous autoriserons à reformuler une métaphore introduite à par le juge ALVAREZ¹⁰⁹⁴, et enrichie par Théodore GEORGOPOULOS¹⁰⁹⁵ et Julie FERRERO¹⁰⁹⁶. Les traités sont comme des navires qui quittent les chantiers où ils ont été construits pour naviguer par eux-mêmes, sans plus avoir d'attache avec ces chantiers. Pourtant, ces navires nécessitent parfois d'être ramenés au chantier naval pour faire l'objet d'aménagements, ce qui génère des coûts si importants qu'ils ne sont entrepris que dans des cas exceptionnels. Tel est le cas de l'amendement formel. Dans d'autres cas, et pour assurer la bonne navigation du navire, les réparations et les ajustements doivent donc être effectués en mer, par les marins eux-mêmes. Tel est l'image de l'interprétation. Il est, toutefois, une dernière situation où certains aménagements peuvent être effectués à flot et justifiés par la nécessité de la situation, mais devront néanmoins être améliorés à terre. Comme une voiture qui roulerait avec sa roue de secours avant que son propriétaire ne l'emmène chez le garagiste, ces navires ne tiendront pas longtemps à flot sans que ces réparations importantes ne soient entreprises. Cette situation est celle qui représenterait le plus justement la situation des conventions sur la responsabilité civile nucléaire, et plus exactement de la Convention de Paris. En effet, une adaptation de la Convention de Paris s'avère satisfaisante dans l'immédiat et est guidée par la nécessité de trouver une solution rapide pour l'installation ITER, exploitant international néanmoins situé sur le territoire d'un État partie à la Convention de Paris (la France)¹⁰⁹⁷, et intéressant bon nombre de ses parties contractantes¹⁰⁹⁸. Cependant, elle ne peut, à notre sens, ne demeurer qu'une solution provisoire parce qu'elle s'avère restreinte au seul mécanisme conventionnel « Paris-Bruxelles » et réduit l'application du régime à la réparation de certains dommages. Or, outre que le développement de la fusion intéresse des États non contractants à la Convention de Paris, le

¹⁰⁹³ T. GEORGOPOULOS, « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives : quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁹⁴ Opinion dissidente du Juge Alejandro Alvarez CIJ, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du génocide*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁹⁵ T. GEORGOPOULOS, « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives : quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁹⁶ J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.*, p.365

¹⁰⁹⁷ Cela supposerait que l'Organisation internationale ITER accepte de lever ses immunités de juridiction. En effet, si la Convention de Paris s'oppose à toute immunité pour la mise en œuvre du régime de responsabilité civile nucléaire (art. 13.j), il reste que cette obligation ne serait pas opposable à l'Organisation ITER, puisqu'elle ne serait pas partie à la Convention. Elle serait responsable conformément au droit français. Sur cette question de la responsabilité de l'organisation internationale voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

¹⁰⁹⁸ A tout le moins tous ceux qui sont membres de l'Union européenne et le Royaume-Uni, c'est-à-dire 13 sur 15 actuellement.

régime de responsabilité civile nucléaire est mû par un désir d'universalité, en a témoigné l'adoption du Protocole commun ou encore celle de la Convention sur la réparation complémentaire. Dès lors, l'interprétation pourra consister en une solution de fortune avant que le développement mondial de la fusion ne vienne motiver les États à revoir ce régime, soit par l'adoption d'amendements formels, soit par le choix d'une tout autre solution. L'hypothèse n'est certainement pas à exclure que la méthode de construction de notre navire ait à tel point changé que celui-ci devra être déclassé avant qu'il ne coule. Tel sera l'objet de notre prochain propos.

TITRE II

Une intégration substantielle inadéquate

« Si demain, en France, est intentée une action en réparation d'un dommage nucléaire, le demandeur ne manquera pas d'invoquer la présomption de l'article 1384 alinéa 1 [...]. Nous sommes si accoutumés à ces propositions et à leur application quotidienne aux dommages de toute sorte que causent les choses inanimées les plus variées que nous n'apercevons pas d'abord en quoi l'application n'en serait pas également simple et juste aux dommages dus à l'emploi de la force nucléaire [...]. Aussi bien n'est-ce pas à des dommages isolés, d'une étiologie facile et d'une production presque immédiate qu'il faut songer quand on se demande, si notre droit positif est prêt à assurer la réparation des dommages d'origine atomique. Ce sont des catastrophes dues au déchainement mal contrôlé de fission ou de fusion nucléaire [...] Combien il serait injuste de ne pas réparer ces accidents fortuits ! Mais [...] il serait injuste, dans la structure de notre industrie atomique, d'isoler l'agent d'un dommage nucléaire [...]. L'isoler signifie en effet que le poids de la réparation va tout entier peser sur lui. Or cette proposition, qui n'est que l'application de la règle ordinaire, serait vaine et injuste. Vaine, c'est l'évidence. Aucun patrimoine privé, pas même celui de la plus puissante de nos sociétés anonymes, ne pourrait assumer la réparation des dommages d'une telle ampleur. Et aucune compagnie d'assurance n'accepterait de couvrir contre de pareil risque. Ainsi l'institution qui a rendu tolérable le jeu souvent aveugle de l'article 1384, alinéa 1, cette institution l'assurance, se déroberait à une mission [...]. Plus encore vaine, l'institution serait injuste [...]. Dans notre monde, l'emploi des machines n'est généralement plus une fantaisie individuelle, un luxe, dont seul le gardien tire profit ou plaisir. Il est devenu une nécessité sociale [...]. Le monde moderne a un besoin croissant d'énergie [...]. C'est dans l'intérêt de l'humanité tout entière que les recherches atomiques sont poussées, les expériences multipliées (je ne parle pas des bombes !) et que demain l'exploitation commerciale sera développée. Il ne s'agit pas qu'une législation rétrograde entrave nos efforts. L'article 1384, alinéa 1 aurait cet effet. Il faut y substituer une autre construction [...]. Il faut définir avec rigueur le fondement de cette indemnisation nécessaire des victimes, plus innocentes même que celles de nos quotidiens accidents de la circulation, car la mort et la maladie frapperont loin, tardivement, et le hasard le plus impénétrable distribuera ces dommages »¹⁰⁹⁹.

257. L'enjeu de l'étude : les finalités du régime de responsabilité civile nucléaire. Depuis plus de 60 ans, il est reconnu que l'énergie de fusion constitue une source prometteuse de production d'électricité à l'échelle industrielle, notamment parce qu'elle interviendrait dans des conditions de sûreté et de sécurité largement supérieures à celles que l'on connaît actuellement avec les réacteurs de fission. Puisque « les risques associés au processus de fusion [étant] d'un ordre de grandeur inférieur à ceux des réacteurs de fission »¹¹⁰⁰, il a donc parfois été affirmé que la couverture de telles installations par le régime de responsabilité civile nucléaire apparaissait peu opportune¹¹⁰¹. La détermination de la possibilité, voire de l'opportunité, de soumettre la fusion nucléaire au régime international de responsabilité civile nucléaire doit donc être examinée à la lumière de la finalité de ce dernier. En effet,

¹⁰⁹⁹ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *RIDC*, vol. 11, 1959, pp. 508-511.

¹¹⁰⁰ AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁰¹ NEA/SEN/LEG(93)1, §12.

L'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques présente de nombreuses spécificités qui ne sont que les justifications de sa soumission à un régime de responsabilité dérogeant au droit commun. Les États se sont vus confrontés à un risque dont la réalisation, bien que de faible occurrence, mettait en jeu des substances aux propriétés radioactives dont la dangerosité des conséquences était largement admise et donc la propagation, ignorant les frontières, permettait de percevoir l'inadaptation de leurs droits respectifs pour en régir les questions de responsabilité. En raison de leur perception commune du risque et des prescriptions requises pour protéger les victimes, mais également de leur commun accord sur l'intérêt que pouvait représenter le développement de cette industrie naissante, ces États ont énoncé une série de principes dérogatoires cherchant à concilier ces deux intérêts contradictoires¹¹⁰².

258. L'opportunité de l'étude : la distinction entre les activités de fission et de fusion. Formant le régime de responsabilité civile nucléaire, ces principes dérogatoires ont été présentés suivant différentes classifications opérant tantôt une distinction entre ceux procédant de l'impératif de protection des personnes et ceux procédant du souci de protection industrielle, tantôt une distinction entre ceux relevant de la nature de la responsabilité et ceux relevant de son étendue. La finalité de notre démonstration ne nous permet cependant pas de suivre ces distinctions classiques, lesquelles sont, de toute façon, rendues impossibles en raison de l'interdépendance de chacun de ces principes. En effet, que certains aient pu servir les victimes et, d'autres, les exploitants, ces principes existent également, et en grande partie, les uns pour les autres, et contribuent ainsi à l'équilibre général de ce régime. Parce que la rigueur juridique impose néanmoins que nous opérions des *distinguos*, il s'agira de proposer une tierce classification, laquelle permet de revenir aux problèmes originels qui se présentaient aux juristes ayant eu pour mission de réceptionner le risque nucléaire.

259. La méthode de l'étude : la recherche des justifications du régime. Si, comme en toute chose, « un droit n'est jamais mieux connu que lorsqu'on l'aperçoit dès son origine »¹¹⁰³, c'est initialement la spécificité de l'accident nucléaire de fission et l'ampleur des dommages pouvant en résulter qui ont justifié que la réparation de ces derniers soit soumise à un régime particulier et novateur. C'est donc principalement par le prisme de ces derniers que doit être étudiée l'applicabilité des principes fondamentaux du régime de responsabilité civile nucléaire aux activités de fusion nucléaire. La seule mise en exergue de leurs spécificités, et l'étude corrélative des raisons tant contextuelles que juridiques pour lesquels ces éléments ont conduit à l'élaboration d'un régime dérogatoire du droit commun, autorise à procéder à un test de « compatibilité » et « d'opportunité » entre le régime de responsabilité civile nucléaire et les activités de fusion. En effet, et quoique l'objet principal de l'étude puisse consister à envisager l'adaptabilité du régime à la fusion nucléaire, il ne faut pas oublier que ce régime

¹¹⁰² Voy. N. PELZER, "The Present State of Research" in *Les risques résultant de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire*, op. cit., p. 270 qui résume parfaitement les enjeux : "the potential harm caused by nuclear energy is of a very specific character. This of course is an argument to justify a liability regime which is as strict as possible. On the other hand, if we wish to take advantage of the benefits of nuclear energy, we cannot establish a nuclear liability which is strangling the operators. If States decide to use nuclear energy, the respective legislators have to balance the interests of both the victim and the operator".

¹¹⁰³ J-B-V. PROUDHON, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, tome 1, Dijon, Lagier, 1834, p. 370

repose sur des règles dont la justification *per se* est aujourd'hui remise en cause. Aussi, et quoique ces difficultés ne soient pas toujours exclusives de l'intégration des activités fusion au sein du régime conventionnel, il est certain qu'elles questionnent indirectement sur l'opportunité de cette intégration.

260. Plan. Aux fins de questionner la pertinence et l'adaptabilité du régime de responsabilité aux activités de fusion, il s'agira donc de déplacer le point focal de l'analyse du régime de responsabilité civile nucléaire et d'articuler tant ses principes que les règles régissant son application matérielle et géographique autour des spécificités de l'accident nucléaire (*Chapitre 1*), et des spécificités des conséquences qu'il est susceptible d'engendrer, c'est-à-dire les dommages nucléaires (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1

LA SPÉCIFICITÉ DE L'ACCIDENT DE FUSION

261. L'accident comme prisme d'appréciation préalable du dommage. Si l'importance du risque lié à l'utilisation de l'énergie nucléaire est discutée sur le plan de sa probabilité, il est néanmoins bien reconnu que les conséquences potentielles de la réalisation du risque nucléaire de fission sont proprement incommensurables. Parce que la catastrophe de Tchernobyl et celle de Fukushima en ont apporté le témoignage, on tend régulièrement à considérer que la spécificité du régime de responsabilité civile nucléaire est tirée de l'ampleur des dommages causés et rend leur réparation ardue. Nous aurons effectivement l'occasion de le constater, tant la spécificité qualitative que quantitative de ces dommages a commandé une grande part des principes qui régissent les règles de responsabilité applicables. Pourtant, les spécificités de « l'accident nucléaire » comme terme désignant l'évènement marquant la réalisation du risque nucléaire¹¹⁰⁴, et donc l'évènement à l'origine desdits dommages¹¹⁰⁵, sont également venues expliquer certaines de ces règles. Quoique l'ampleur des dommages susceptibles de résulter d'un accident nucléaire ne reste encore qu'une conséquence de son étendue, indifférente des frontières étatiques, l'une des premières difficultés à laquelle devaient être confrontés les concepteurs de ce régime de responsabilité a été de le rallier à cette institution, c'est-à-dire de faire de l'hypothèse d'un évènement, somme toute fortuit, un fait générateur de responsabilité, dont le caractère aléatoire devait en principe permettre d'en chasser le principe.

262. Plan. C'est pourquoi, c'est tant à l'aune de ce caractère « fortuit » de l'accident nucléaire, si l'on nous autorise cette rédaction pléonastique (*Section 1*), qu'à celle de sa propension à ne pas s'arrêter aux frontières des États (*Section 2*) qu'il s'agit de mesurer l'originalité du régime de responsabilité civile nucléaire et son adaptabilité aux dommages susceptibles de résulter d'un « accident » de fusion nucléaire.

SECTION 1. L'ADAPTATION DE LA RESPONSABILITÉ AU CARACTÈRE « ACCIDENTEL » DE L'ACCIDENT NUCLEAIRE

263. La réception de l'accident par le droit de la responsabilité. Aujourd'hui, le droit de la responsabilité est devenu intimement lié à la notion d'accident. Défini dans le langage commun comme « un évènement imprévu, malheureux ou dommageable »¹¹⁰⁶ et communément accepté dans le langage juridique comme singularisé par son caractère dommageable, soudain, fortuit ou imprévu, et exclusif de tout évènement d'intentionnalité, « l'accident »¹¹⁰⁷ semblait pourtant ne pas devoir

¹¹⁰⁴ Sur notre position quant à l'emploi du terme accident et sa justification, voy. la note ci-dessous.

¹¹⁰⁵ Une confusion est parfois entretenue dans la doctrine entre la notion d'accident et celle de dommage, certaines évoquant parfois un « dommage fortuit » pour désigner un accident : voy. pour exemple A. BENABENT, *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, p. 407.

¹¹⁰⁶ *Larousse*, sv. « accident ».

¹¹⁰⁷ Il est très difficile de définir la notion d'accident, justifiant les réserves formulées en introduction à l'égard de la notion : voy. *supra*. Ce n'est pas dire que la notion « d'accident » n'est pas un thème récurrent de ce droit et qu'elle n'a pas fait l'objet d'études : voy. notamment L. NOËL, *L'accident en droit privé : essai d'une théorie*, thèse, Lyon 3, 2003, 662 p. ; « La notion d'accident », *RGDA*, 2004, p. 309. Mais ces définitions n'emportent pas l'adhésion. Ainsi, certains remettent parfois en cause son caractère d'imprévisibilité ou de fortuité considérant que l'accident

s'accommoder avec l'idée de la responsabilité. Principalement fondée sur la faute, laquelle imposait le rattachement d'un comportement dommageable à un individu, la responsabilité devait être « chassée » par l'aléa¹¹⁰⁸. Nonobstant ce lien entre l'accident et la responsabilité a été conceptualisé à la fin du XIXe siècle, alors que, de la confrontation du déferlement sonore, irrésistible et tumultueux de la révolution industrielle et du droit de la responsabilité, devait naître la théorie du risque, dont nul n'ignore aujourd'hui l'influence qu'elle a exercée sur la responsabilité, tant en droit français que dans les droits étrangers.

264. Plan. Pour cela, on ne s'étonnera guère que le régime de responsabilité civile nucléaire ait pu s'inspirer de cette théorie et qu'il l'ait, en réalité, dépassé (§ 1). C'est notamment en raison de ce dépassement que l'on pourra questionner l'opportunité de maintenir tous les aspects de ce régime dans ce cadre (§ 2).

§ 1. L'influence du caractère anonyme de l'accident nucléaire sur la nature de la responsabilité

265. Un terrain propice à l'application de la théorie du risque. Parce que les règles traditionnelles de la responsabilité supposaient, dans la quasi-totalité des droits modernes, l'établissement d'une faute à la charge de l'auteur du dommage, il n'a fait aucun doute que ces règles seraient inadaptées pour régir les conséquences résultant de la survenance d'un accident nucléaire. Partant, l'industrie nucléaire a constitué un exemple parfait du type d'activité auquel la théorie du risque, et la responsabilité *même sans faute* y étant attachée, devait s'appliquer¹¹⁰⁹. En consacrant la nature *même sans faute* de la responsabilité au sein du régime de responsabilité civile nucléaire, les rédacteurs des conventions n'ont donc rien créé *ex nihilo*.

266. Plan. Plus que d'en souligner le caractère inédit, il faut donc s'intéresser aux justifications de ce choix des rédacteurs d'écarter la responsabilité fondée sur la faute au sein du régime conventionnel (A.). Cela étant, si le régime de responsabilité civile nucléaire a emprunté aux solutions des droits internes, il a également été amené à les dépasser en enrichissant la nature *même sans faute* de la responsabilité d'un corollaire bien plus inédit : celle de l'exclusivité du lien d'imputation qu'elle suggère (B.).

peut toujours être prévu : voy. J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, Paris, Mare & Martin, 2013, p. 705 ; P. REYNERS, « Accidents nucléaires, urgences radiologiques, dommages et responsabilité » in R. BEN ACHOUR, S. LAGHAMI (dirs.), *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Paris, Pedone, 2002, p. 219 relevant « si le qualificatif de fâcheux ne suscite pas d'objections, ceux de fortuit ou d'inattendu sont sans doute d'avantage sujets à caution lorsqu'il s'agit de technologies à risque comme c'est le cas pour le nucléaire ». Voy. encore P.-M. DUPUY, « Droit international public » in *La réparation des dommages catastrophiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 232 considérant l'inexistence d'accident « *inherently accidental* » et A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 407 qui énonce que « les difficultés naissent lorsque l'action normale, confrontée à des circonstances normales, a causé un dommage. D'autres considèrent que la fortuité est un élément indispensable de la définition de l'accident : voy. J. BIGOT, « La notion d'accident », *RCA*, n° 7-8, 2015, dossier 2. Enfin, il est ceux comme P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^{ème} ed., Paris, LexisNexis, 2018, p. 464 qui soulignent toute la difficulté de « la détermination de la frontière entre les dommages d'origines fortuite (accidentelle) et ceux donnant lieu à une responsabilité ». Pour notre part, nous pensons effectivement qu'il n'est pas nécessairement désigné sous ce vocable que des événements « *inherently accidental* ». Pour cela, nous lui préférons la notion de « réalisation de risque », car elle permet d'éviter la cause du fait générateur (qu'elle soit purement accidentelle ou humaine). Néanmoins, ces difficultés comme la justification de cette notion principalement employée dans la Partie II apparaîtront au fil du propos. Dans l'attente et par respect des termes du régime de responsabilité civile nucléaire, il faudra donc s'en référer, pour le présent titre, à la notion « d'accident ».

¹¹⁰⁸ M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse, Toulouse, 2003, pp. 586-589.

¹¹⁰⁹ Sur l'emploi du terme « responsabilité même sans faute », voy. *supra* Introduction, note 60.

A. Une responsabilité *même sans faute* de l'exploitant nucléaire

267. Plan. L'histoire est bien connue selon laquelle la responsabilité civile, ébranlée dans sa dimension traditionnellement subjective, aurait obéi, sous l'influence de la révolution industrielle, au schéma classique des révolutions scientifiques décrit par Thomas KUHN¹¹¹⁰. Il paraît néanmoins opportun d'en rendre rapidement compte, tant l'on peut retrouver les raisons de cette (r-)évolution et l'avènement de la théorie du risque (1.) dans les justifications ayant accompagné l'acceptation d'une telle responsabilité au sein du régime de responsabilité civile nucléaire (2.).

1. Le risque et la responsabilité *même sans faute*

268. L'émergence de la responsabilité fondée sur le risque. S'il « est d'une grande folie de vouloir tout expliquer en histoire par un principe unique »¹¹¹¹, on peut néanmoins tenir pour acquis que le tournant de l'évolution de la responsabilité civile s'est situé à l'avènement de la révolution industrielle, alors que pour la première fois dans l'histoire humaine, des machines et procédés industriels présentant un danger omniprésent et dans une mesure jusque-là inconnue ont commencé à être utilisés. Corrélativement à ce risque accru de dommage, et celui du risque de dommages accrus, la complexité des équipements et de leur fonctionnement a dépersonnalisé ce danger. Ces équipements pouvaient tomber en panne ou causer un accident quand bien même le propriétaire ou l'opérateur en prenait le soin extrême et respectait toutes les normes de sécurité que l'ordre juridique lui imposait. Dans cette situation nouvelle où les accidents devenaient « anonymes »¹¹¹² et où leurs conséquences apparaissaient de loin supérieures à celles causées par le comportement même fautif d'un seul être humain, il était devenu impossible de baser uniquement la responsabilité sur la faute sauf à condamner quasi systématiquement les victimes à subir les conséquences mortifères de cette industrie dont elles ignoraient bien souvent les subtilités¹¹¹³. Aussi, l'injustice évidente du sort réservé à ces victimes, lesquelles ont refusé de « courber l'échine et [d]accepter le sort qui, “par la force du destin”, a élu sa victime », s'est imposée à la conscience et/ou au vœu de paix sociale des juristes¹¹¹⁴. Ces derniers ont alors été contraints de remettre en cause la valeur de la faute, qui constituait, sinon depuis la *Lex Aquilia*, du moins depuis le 16^e siècle, « l'assiette d'un système général de responsabilité

¹¹¹⁰ Pour cet auteur, le progrès scientifique ne se conçoit que par révolution. Ainsi, une science apparaît à chaque fois qu'émerge un paradigme, c'est-à-dire un ensemble d'hypothèses théoriques générales, de lois, de techniques d'application recevant l'adhésion de la communauté scientifique. Puis, à mesure que cette communauté scientifique tente d'étendre le champ de validité de ce paradigme, les contradictions et les difficultés apparaissent. Dans un premier temps, cet état de crise se résout par l'admission d'exception à la théorie. À partir d'un moment, cependant, ces exceptions se multiplient à tel point qu'il faut passer à un nouveau paradigme : voy. T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques* (1962), trad. L. MEYER, Paris, Flammarion, 1983, et sur son application à la responsabilité civile C. THIBIERGE, « Libre propos sur l'évolution du droit des contrats », *RTD Civ*, 1997, pp. 357-386 et « Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD Civ*, 1999, pp. 561-584 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit de obligations, Responsabilité et quasi-contrats*, Paris, PUF, 2019, p. 80.

¹¹¹¹ Pierre GAXOTTE cité par P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 86.

¹¹¹² L. JOSSEMERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de Jurisprudence, 1897, pp. 6-7.

¹¹¹³ Voy. A. SUPIOT *Grandeur et misère de l'État social. Leçon inaugurale au Collège de France*, Paris, Fayard, 2013, p. 10.

¹¹¹⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 640 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, reimp., Paris, LGDJ, 2014, pp. 210-211. Voy. également M.-J. LASSEZ, *L'évolution des idées en matière de responsabilité civile au XIX^{ème} siècle*, thèse, Paris, 1961, 280 p. ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2019, p. 123.

civile »¹¹¹⁵. Cette situation de fait nouvelle appelant une réponse juridique, celle-ci a consisté en une objectivisation croissante de la responsabilité, autrement dit un retour à une responsabilité essentiellement fondée sur une appréciation causale¹¹¹⁶. Ainsi, bien que la gradation des différentes solutions ait été tout entière liée au jeu des présomptions, qu'elles soient « de faute » ou de « responsabilité » (le mot n'en déplaît à Philippe Le Tourneau¹¹¹⁷) et à l'admission plus ou moins large des causes exonératoires de responsabilité, le *leitmotiv* est demeuré le même. Quoiqu'il en soit de la gamme des solutions proposées par les juges et les législateurs à la réparation des dommages causés par ces choses ou ces activités devenues dangereuses ou présentant des risques exceptionnels,

« [a]fin de protéger la victime des aléas de la technique et des hasards de l'industrie, on tend moins à considérer l'attitude de l'auteur du dommage, le plus souvent inaccessible à la preuve d'une faute, pour s'attacher d'abord à réparer le dommage en lui-même, soit qu'il suffise à faire présumer la négligence de son auteur [*présomption de faute*], soit que son caractère imprévisible, mais souvent catastrophique en impose de toute façon l'indemnisation [*présomption de responsabilité*] »¹¹¹⁸.

Cela étant, après avoir démolì, il s'agissait de reconstruire et de chercher le « critère », qui distinct de la faute, permettrait « d'établir la discrimination » que ses « détracteurs estimaient nécessaire »¹¹¹⁹. Alors que partout la responsabilité civile s'était construite autour du paradigme de la faute, cette évolution imposait donc de trouver une armature théorique à ce « divorce »¹¹²⁰ qui ne profitait désormais plus aux responsables jusqu'alors tenus de leur seule faute. C'est donc dans cette droite

¹¹¹⁵ J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 86. Si la faute est réputée avoir dominé le droit de la responsabilité depuis la *Lex Aquilia*, elle n'avait pas pris dans le droit romain l'ascendance conceptuelle qu'on lui connaît aujourd'hui. C'est sous l'influence, d'abord des humanistes, notamment CUJAS ou DONEAU, puis des tenants de l'École du droit naturel à partir de GROTIUS et PUFENDORF, que, par capillarité, la faute a envahi peu à peu le droit de la responsabilité dans de nombreux systèmes juridiques. Sur cet historique voy. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, 296 p. et sp. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 17 et ss.

¹¹¹⁶ Ce type de responsabilité trouvait en effet ses origines dans l'ancien droit romain où la victime ne cherchait que la cause apparente du dommage [*le damnum injuria datum*] eût-elle en face d'elle un enfant, un animal ou un objet inanimé, et où l'acteur par le fait duquel le dommage était arrivé prenait plus d'importance que l'auteur, celui par faute duquel il avait eu lieu. Autrement dit, ce droit se concentrait sur une réparation du dommage et non sur une rétribution négative du comportement fautif et subjectif : voy. outre les références citées ci-dessus A. MAGHAMI, *Faute, risque et lien de causalité dans la responsabilité civile*, Téhéran, Imprimerie Bank Melli Iran, 1953, p. 27 ; G. ETIER, *Du risque à la faute - Évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Genève, Schulthess, 2006, pp. 245 et ss.

¹¹¹⁷ P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 2296 soulignant la possibilité d'utiliser le terme entré dans le langage juridique mais « tout en mesurant son imperfection : la responsabilité ne peut pas à proprement parler se présumer, puisqu'elle est une obligation et non pas un fait »

¹¹¹⁸ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976, p. 11 soulignant néanmoins l'importance de la subjectivité encore attachée à la présomption de faute, bien que peu visible pour les victimes. Voy. également M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 26 soulignant « de la faute à l'accident, ou de l'auteur à la victime, le passage se fera de façon peu visible, facilité d'abord par la souplesse et la plasticité de la notion même de faute et de ses corollaires en matière de responsabilité ». Ainsi deux voies ont été empruntées par les États pour améliorer le sort de la victime et doubler le cap de la responsabilité objective. La première a été jalonnée par une attitude compréhensive des tribunaux qui, partant d'un principe général l'ont rendu perméable à toute évolution. Tel est le cas en droit français, en droit japonais ou encore en *Common law* de la célèbre affaire *Rylands v. Fletcher* (1868) LR 3 HL 330 qui annonçait l'avènement d'un régime général de *strict liability* (cela avant que la jurisprudence de la *House of Lords* anglaise n'ait cessé d'en réduire la portée et l'autonomie). La seconde correspond au règne de la casuistique. Ainsi, tout est prévu ou tout au moins, on a tenté de tout prévoir et chaque action en réparation entre dans le cadre d'une disposition d'un Code ou d'une loi. Tel a été, en premier lieu, le projet de loi prussienne sur les chemins de fer de 1838 dont l'article 25 posant un régime de responsabilité sans faute des sociétés de chemin de fer disposait expressément que « la nature dangereuse de l'activité elle-même n'est pas à considérer comme pouvant constituer un cas fortuit libérateur de la "réparation" : *Königlich Preussisches Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838*, § 25. Cela fut ensuite le cas du droit allemand, où le problème de la responsabilité pour le risque ou "*Gefährdungshaftung*" a été résolu suivant l'esprit de délit spéciaux du Code, par le législateur qui a promulgué, pour certaines entreprises particulièrement dangereuses, des lois spéciales qui ont introduit une responsabilité sans faute. Pour un résumé de ces différentes évolutions en droit comparé voy. J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, Énergie atomique et droit comparé*, op. cit. ou la très exhaustive thèse de G. SCHAMPS, *La mise en danger, un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 1140 p.

¹¹¹⁹ H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1965, p. 431.

¹¹²⁰ La formule est de B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, 503 p.

ligne que certains auteurs ont avancé des théories permettant de justifier l'imputation des dommages occasionnés par ces activités nouvelles à ceux qui seraient alors désignés responsables. Parmi ces théories, la théorie du risque est ainsi restée la plus significative et la plus étendue à ce jour.

269. La théorisation de la responsabilité fondée sur le risque. C'est à l'occasion de l'émergence des notions de « risque professionnel » et de « risque industriel » relative à l'indemnisation des accidents du travail que la théorie du risque s'est imposée à SALEILLES¹¹²¹. Certainement, celle-ci n'est pas née sans préalable et l'on en trouve les prémisses chez certains auteurs ou dans certains droits étrangers¹¹²². Il reste néanmoins attribué à cet auteur d'avoir introduit le mouvement doctrinal à cet endroit. En faisant face au constat du mouvement d'objectivisation initié par la jurisprudence et le législateur, il est effectivement celui qui a montré que les solutions dérogatoires de la faute semblaient répondre à l'idée que « toute activité fonctionne pour autrui au risque d'autrui et c'est [à] celui qui en a la direction [d'en] payer *a priori* les risques »¹¹²³. JOSSERAND ayant affirmé à sa suite que le fondement rationnel de l'obligation de réparer ne devait plus se trouver dans la faute dont l'exigence ne permettait pas de prémunir les victimes « contre les accidents anonymes dont la cause échappe à toute analyse », mais dans la réalisation d'un risque¹¹²⁴, tous deux sont ainsi considérés comme étant à l'origine de la théorie du risque, ou plutôt *des* théories du risque. À l'unité de la faute a en effet succédé une multiplicité de versions et d'avatars de cette théorie. Mais parce qu'il serait à la fois impossible et inopportun de donner un compte-rendu complet de toutes ces variations, il s'agira simplement de souligner que la théorie du risque a d'abord été évoquée sous les traits de la théorie du risque-profit avant d'être élargie à la théorie du risque-créé. La première, résumée par l'adage *ubi emolumentum, ibi onus*, conférait à la théorie une dimension économique. Reposant sur l'idée selon laquelle une activité susceptible d'entraîner la survenance d'un accident et des dommages graves, elle tenait pour responsable la personne qui tirait profit de ladite activité. La seconde, voulant s'abstraire de l'idée de profit, reposait quant à elle sur l'idée que toute personne exerçant une activité introduit un risque dans la société et qu'elle devait, à ce titre, en assumer les conséquences dommageables¹¹²⁵.

Ainsi, qu'il faille souligner que la théorie du risque-créé n'ait jamais véritablement réussi à s'extirper du carcan économique de la première, n'atténue en rien le fait que ces constructions doctrinales ont incontestablement constitué un point de rupture dans la pensée juridique et un bouleversement radical des perspectives¹¹²⁶. En ce qu'elles étaient largement dominées par l'idée de justice distributive,

¹¹²¹ Voy. J. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2001, p. 273 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, op. cit.*, pp. 123-124.

¹¹²² Voy. R. SALLEILLES, « Le risque professionnel dans le Code civil », *La réforme sociale*, t. 35, pp. 647-648 ; A. TUNC, *La responsabilité civile*, 2^{ème} ed., Paris, Economica, 1990, pp. 68 et ss ; M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons : vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, 1883, red. Whitefish, Kessinger Publishing, 2010, 78 p. et C. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylant, 1884, 258 p.

¹¹²³ R. SALLEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile (essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897, 90 p. ; « Le risque professionnel dans le Code civil », *La réforme sociale*, avril 1898, pp. 634 et ss.

¹¹²⁴ L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées, op. cit.*

¹¹²⁵ SALEILLES reconnaissait que si l'idée initiale de la théorie du risque était « que celui qui a le fonctionnement d'une entreprise doit en supporter les risques », il était néanmoins selon lui du devoir de la jurisprudence de ne pas cantonner cette idée « dans la sphère limitée à l'état économique dont elle est inspirée » et de lui « donner toute la vitalité progressive d'un principe qui opère et qui agit » : R. SALLEILLES, « note sous Cass civ. 16 juin 1896 », *D.* 1897, 1. p. 439.

¹¹²⁶ Voy. pourtant R. SAVATIER, « Règles générales de responsabilité civile », *Rev. critique*, 1934, p. 442 soulignant que « la responsabilité fondée sur le risque crée consiste dans l'obligation de réparer les faits dommageables produits par une activité qui s'exerçait dans votre intérêt [...]

« imprégnées par des considérations de solidarité » et « inspirées par l'équité »¹¹²⁷, et qu'elles sont parfois apparues davantage comme des théories purement négatives de la faute, elles se sont heurtées et se heurtent encore de nos jours à une vive opposition doctrinale¹¹²⁸. Nonobstant, à l'examen sans parti pris de l'influence de cette théorie, il reste qu'elle a été admise et dépassée, à tout le moins par le droit positif civil, mais également administratif¹¹²⁹, en ayant continué de faire face à une évolution technologique incessante¹¹³⁰. C'est ainsi, surtout, qu'il est admis qu'elle aurait innervé le régime de responsabilité civile nucléaire.

2. Le risque nucléaire et la responsabilité même sans faute

270. Du fondement à l'imputation. Si l'on attribue à la théorie du risque d'avoir pu justifier du recul de la faute progressivement opéré dans les systèmes juridiques, il reste qu'une fois abandonnée l'exigence de la faute, il fallait pouvoir justifier de l'imputation du fait dommageable à un individu ou une entité qui désigné(e) comme le responsable constituerait le débiteur de la dette de réparation.

271. Plan. C'est donc à tant à l'égard de la spécificité du fait à l'origine des dommages subis (a.) qu'à l'égard du lien d'imputation existant entre ce dernier et le responsable ainsi identifié (b.) qu'il s'agira de mesurer la réalité de son impact sur le régime de responsabilité civile nucléaire.

a. L'influence certaine de la théorie du risque sur la désignation du fait générateur

272. La permanence du caractère complexe de l'accident. Une fois exposée l'évolution du droit de la responsabilité civile, il est tout à fait aisé de comprendre pourquoi il fut unanimement et rapidement préconisé par la doctrine que la faute devait être catégoriquement rejetée en tant qu'élément constitutif de la responsabilité dans la cadre de la responsabilité civile nucléaire¹¹³¹. Si le risque nucléaire présentait des critères de nouveauté, ceux-ci restaient, à l'égard de la nature de la responsabilité, de facture relativement similaire aux activités qui avaient justifié que soit pensée la théorie du risque. D'un côté, il était certain que le risque présenté par l'activité, tout aussi utile qu'elle soit, ne pouvait

cette obligation ne peut trouver de contrepartie [...] que dans le profit tiré par la personne responsable de l'activité dommageable. C'est donc seulement sur l'intérêt que présentait pour elle cette activité que la responsabilité peut se fonder. Ce profit n'est pas d'ailleurs nécessairement un bénéfice pécuniaire. On est également responsable des forces que l'on utilise dans un intérêt moral » *contra* C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 28-29.

¹¹²⁷ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 83. Cela ressort de l'aveu même que de l'aveu même R. SALEILLES, « Le risque professionnel dans le Code civil », op. cit., pp. 646-647 : « [q]uelqu'un agit, admettons qu'il n'y ait rien de sa faute il fait une victime : qui doit payer ? Si nous n'avions pas de long siècle de traditions romaines qui pèsent sur nos conceptions juridiques, le bon sens et surtout ce que nous avons de sens moral en nous manquerait pas de répondre : celui-là doit payer qui a pris l'initiative du fait et qui en est l'auteur ; et quant à l'autre, qui l'a subi passivement, qui n'en est en rien la cause, toute question de faute à part, c'est à lui d'être dédommagé. Voilà la solution morale ». Rapprochez G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., pp. 210 et ss.

¹¹²⁸ Voy *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Introduction et Section 2, § 2.

¹¹²⁹ Voy. M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994, 884 p.

¹¹³⁰ Voy. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 80 et ss ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 125 et ss ou P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 105 : « on ne manquera pas d'observer cependant qu'elle est admise bien souvent en doctrine, en tant qu'elle reflète plus ou moins l'état du droit, plutôt qu'on y adhère véritablement ».

¹¹³¹ Voy. E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », op. cit., pp. 673-685 ; G. PARATTE-VIGNERON, « Aspects juridiques de l'assurance des risques atomiques », *RGAT*, 1957, p. 121 ; W.E. BELSER, « Aperçu des problèmes que l'énergie nucléaire pose à l'assurance », *RGAT*, 1957, p. 226 ; M. BAUER, « Les projets élaborés dans le cadre de l'OECE et Euratom sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie atomique », Conférence du 9 novembre 1959 ; R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », op. cit., pp. 505-518 ; M. PICARD, « La limitation de la responsabilité des dommages causés par l'énergie nucléaire », *RGAT*, 1959, pp. 409 et ss ; M.-C. CAMIER, *Responsabilité et assurance du risque atomique en Droits Européens*, thèse, Dijon, 1960, p. 93 et ss ; J-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, Énergie atomique et droit comparé*, op. cit.

être socialement admis qu'à la condition que sa réalisation, susceptible de menacer le public en général, puisse faire l'objet d'une réparation :

« parmi la population, les craintes [étaient] grandes. Le législateur [devaient] faire tout ce qui est en son pouvoir pour lutter contre la peur de l'emploi de l'énergie atomique et donner à chacun le sentiment qu'on a prévu toutes les mesures possibles de sécurité et de protection, et le cas échéant de dédommagement »¹¹³².

D'un autre côté, il était également admis qu'en dépit des précautions les plus extrêmes, l'accident, comme manifestation de la réalisation de ce risque, pouvait toujours se produire. Quand bien même l'expérience prouverait l'importance du facteur humain sur la réalisation de ce risque, les conséquences potentiellement dévastatrices d'un accident nucléaire auraient, en toute hypothèse, constitué un frein à l'identification d'un quelconque comportement, fût-il encore fautif, et donc à la démonstration d'une preuve quelconque¹¹³³. L'installation génératrice du dommage pouvait être détruite, réduisant à néant toute possibilité de récolter sur place des éléments matériels de preuve. Elle pouvait être contaminée à tel point que nul ne pourrait s'en approcher. Des considérations de sécurité nationale pouvaient également empêcher la diffusion devant les tribunaux de données nécessaires à la partie demanderesse pour étayer son action. Surtout, l'origine de l'accident pouvant relever de « mécanismes inattendus et passablement mystérieux »¹¹³⁴, il aurait de toute manière été virtuellement impossible pour la victime profane d'avoir une connaissance scientifique suffisamment détaillée lui permettant d'identifier un responsable – eût-il existé¹¹³⁵. À tout cela s'ajoutait enfin le caractère radioactif des dommages subis qui compliquait déjà la détermination du lien de causalité entre l'accident et le dommage¹¹³⁶. Le nœud du problème ne devait donc pas résider dans une appréciation de la licéité, mais dans une seule prise en considération des victimes que commandait « la disproportion évidente existant entre le léger manquement que représente la faute civile et l'écrasante dette encourue » et « l'impossibilité morale de [les] laisser sans compensation »¹¹³⁷. Suivant

¹¹³² E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *op. cit.*, pp. 678, 681.

¹¹³³ Pour ne citer que l'exemple de Tchernobyl, l'enquête qui était intervenue à la suite de l'évènement avait clairement établi qu'à son origine se trouvaient des erreurs humaines : voy. N. MESHKATI, "Human Factors in Large-Scale Technological Systems' Accidents: Three Miles Island, Bhopal, Chernobyl", *Industrial Crisis Quarterly*, 1991, Vol. 5, p. 133-154; J.-M. O'HARA, J.-C. HIGGINS, *Human Factors Consideration with respect to Emerging Technology in Nuclear Power Plants*, NUREG/CR-6947, Octobre 2008. Pour cela, l'importance du facteur humain dans la prévention et la survenance des accidents montre que ces derniers ne sont finalement rarement que purement accidentels. Quoi qu'il en soit qu'il y ait une erreur humaine, ne signifie pas toujours qu'il y ait une faute, et ce même si la frontière est aujourd'hui tenue compte tenu de la multiplication des réglementations qui tendent à mettre en place un réseau de plus en plus dense d'obligations de plus en plus strictes, lesquelles contribuent à ainsi étendre et à rendre plus sévère ce type de responsabilité qui ne présente plus guère de différence avec la responsabilité sans faute. Ces questions seront d'ailleurs incidemment abordées dans cette thèse.

¹¹³⁴ J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, Paris, PUF, p. 117.

¹¹³⁵ Voy. J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, p. 107 ; AEN, *Responsabilité et réparation des dommages nucléaires, une perspective internationale*, Paris, Ed. OCDE, 1994, p. 28 ; G. C. WARREN, "Nuclear Damage under the 1997 Protocol: Conventional thinking?" in OCDE/AEN, *Reform of Civil Nuclear Liability, Budapest Symposium 1999*, Paris, Ed. OCDE, 2000, p. 88 ; J.P.H. TREVOR « Principles of Civil Liability for Nuclear Damage » in AIEA, *Nuclear Law for a Developing World, Legal Series n° 5*, Vienne, Ed. AIEA, 1969, p. 109.

¹¹³⁶ Il le sera effectivement montré ultérieurement, plusieurs facteurs d'incertitude peuvent en effet intervenir dans l'analyse de la causalité purement matérielle : action invisible des rayonnements, non-spécificité des radiolésions, existence des dommages différés, etc. Tenir compte du comportement humain dans la preuve du lien de cause à effet, c'est-à-dire de la faute et des aspects psychologiques qui y sont liés, serait alors devenu extrêmement difficile, voire quasiment impossible et ce dès lors que la responsabilité même sans faute de l'exploitant n'exonère pas, en principe, la victime de la démonstration que le dommage dont elle demande réparation trouve bien son origine dans l'accident nucléaire comme il le sera vu *infra* dans ce Titre.

¹¹³⁷ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle* (1965), reimp. Paris, LGDJ, 2014, p. 295. Dans le sens de ces considérations de justice voy. J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, p. 38 ; T. MELESCANU, *La responsabilité pour les dommages nucléaires*, thèse, Genève, 1971, pp. 36-37 ; A. DE LOS SANTOS LASURTEGUI, *Étude comparée d'une législation nationale et des Conventions internationales existantes sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, Vienne, 16-26 avril 1968, PL-284, p. 2 et R.-E. CHARLIER, « Questions juridiques soulevées par l'évolution de la science atomique », *RCADI*, vol. 91, 1957, p. 345.

ces considérations d'équité et de justice, qui rappellent ainsi aux tenants de la théorie du risque, il fallait donc que la causalité matérielle se confonde avec la causalité juridique, dans ce sens où il se serait agi de « dégager dans la multiplicité des causes possibles, la cause pertinente en droit »¹¹³⁸.

273. La prise en compte du caractère anonyme de l'accident. Tel a ainsi été, et sans surprise, le choix des rédacteurs qui consacrèrent respectivement le principe de la responsabilité « objective » aux articles II et IV de la Convention de Vienne et aux articles 3 et 4 de la Convention de Paris. Si cette dernière ne comporte, à la différence de son homologue, aucune référence expresse au caractère *même sans faute* de la responsabilité, c'est que tant ce choix que son influence ne devaient faire aucun doute :

« [e]n Europe occidentale, à quelques exceptions près, la tradition législative ou jurisprudentielle veut que l'exercice d'une activité dangereuse entraîne une présomption de responsabilité pour le *risque-créé*. En raison des risques particuliers résultant des activités qui entrent dans le cadre de la Convention et de la difficulté de faire la preuve d'une faute étant donné la complexité des techniques de l'énergie atomique, cette présomption a été admise pour la responsabilité nucléaire. C'est-à-dire que la responsabilité est en principe objective et résulte du risque, indépendamment de toute faute »¹¹³⁹.

Derechef, si l'on peut confirmer que les rédacteurs n'ont rien inventé, il ne faut pour autant pas nier tout apport des conventions sur ce point.

Certes, le principe de la responsabilité *même sans faute* avait déjà « pénétré d'une manière générale la conscience de tous les milieux juridiques » et il était aisé de l'étayer par des exemples ou des précédents¹¹⁴⁰. Aussi, la logique des faits aurait assurément poussé tous les législateurs nationaux à adopter cette solution qui semblait alors « être la seule forme de responsabilité adaptée aux dangers présentés par l'énergie nucléaire »¹¹⁴¹. Néanmoins, on doit au régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire d'avoir été un « relais international » important dès lors que les conventions « ont pris en main et accéléré [c]e processus »¹¹⁴². En dépit des évolutions constatées, le principe voulant « que personne ne soit puni si l'on n'a pas préalablement établi son crime » était en effet encore bien ancré dans certains droits étrangers qui se sont ainsi trouvés « infiniment plus troublés que notre Droit par la survenance de l'atomique »¹¹⁴³. Précisément parce que nombre d'États étaient encore éloignés de la solution attendue, on ne peut donc nier l'intense travail opéré par les rédacteurs, lequel a ainsi impulsé bon nombre de conventions qui, réceptionnant les dommages causés par des activités à risque, se sont servies de cet ancrage pour imputer la survenance d'accidents à l'*exploitant* de ces activités¹¹⁴⁴.

¹¹³⁸ N. PELZER, « Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire » in *Droit nucléaire européen*, Paris, PUF, 1968, p. 41 ; P. STROHL, « Bilan de recherche » in *Les risques résultant de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire*, op. cit., p. 138 ; P. STÄLBERG, « Causalité et problème de la preuve en matière de dommage nucléaire », *BDN*, vol. 53, 1994/1, pp. 22-23.

¹¹³⁹ *Exposé des motifs* (1982), pp. 3-4, § 14 ; *Exposé des motifs* (2004), p. 12, § 23.

¹¹⁴⁰ H. FISCHERHOF, « Essai d'une théorie juridique de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une installation nucléaire » in *Droit nucléaire européen*, op. cit., p. 117 et *supra* note n°1118.

¹¹⁴¹ G. ERLER, « Rapport général » in *Droit nucléaire européen*, op. cit., p. 135.

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », op. cit., pp. 512-513. On notera toutefois que des exemples précédaient ce régime en droit international, notamment les régimes conventionnels destinés à réceptionner le risque aérien comme vu en Introduction.

¹¹⁴⁴ Voy. *supra* Introduction §§ 15-16.

274. Le choix de l'exploitation comme critère de détermination. L'appréciation *stricto sensu* du rapport causal qui matérialise la responsabilité *même sans faute* relève principalement du fait : il permet d'établir un rattachement entre la survenance d'un événement et les dommages ainsi causés¹¹⁴⁵. Dans le cadre d'un accident nucléaire, pour qu'une responsabilité soit engagée, et qu'une réparation soit versée, il fallait que le fait non fautif qu'est la survenance de l'accident soit imputé à une personne prédéterminée qui en assumerait les conséquences pécuniaires¹¹⁴⁶. À cet égard, la théorie du risque permettait d'apporter une réponse en participant à l'établissement d'un critère de désignation du responsable. Puisqu'en toute occurrence, il devait y avoir un responsable « à sacrifier », « le bouc émissaire » devait être celui qui avait l'initiative de l'activité et qui en retirait un intérêt ou un profit¹¹⁴⁷. Parce qu'il a parfois été affirmé que le choix de la personne sur laquelle serait reportée la responsabilité devait refléter le fondement de la règle de responsabilité, on aurait certainement pu retrouver l'influence de la théorie du risque dans le choix des rédacteurs des conventions d'avoir fait de l'exploitant nucléaire le débiteur de la dette de réparation.

En effet, une fois le concept de garde écarté au bénéfice de la notion d'exploitation¹¹⁴⁸, ce choix devait être apparu comme en parfaite adéquation avec l'idée de la théorie du risque¹¹⁴⁹. Défini comme « une activité déployée à l'initiative d'une personne, sous sa maîtrise, et pour son profit, au moyen d'un ensemble matériel et humain », ce critère de désignation conférait à l'exploitant la qualité cumulée du créateur avec l'attribution des profits et permettait ainsi de conjuguer l'idée de risque-profit et de risque-créé, tout en soutenant celle d'une maîtrise de ce risque¹¹⁵⁰. Ainsi, cette vue permettait de contrecarrer l'une des critiques principales avancées à l'encontre de la théorie du risque, à savoir son caractère inconciliable avec le droit de la responsabilité supposant, en principe, que « l'obligation de réparer le dommage occasionné à autrui trouve sa justification, dans le pouvoir, fût-il abstrait, qu'avait l'agent d'en empêcher la survenance »¹¹⁵¹. À partir du moment où la notion d'exploitation a été associée celle de maîtrise, il en a résulté une explicitation du pouvoir de contrôle de l'exploitant de

¹¹⁴⁵ Ici la causalité est entendue comme le lien existant entre le fait générateur et le dommage, mais nous verrons *infra* que l'imputation peut (doit) également reposer un lien causal justifiant que certains auteurs distinguent l'imputation matérielle (causalité) et l'imputation personnelle (l'imputation) : voy. F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », *RLDC*, vol. 40, 2007, supp. 2631 et *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

¹¹⁴⁶ Voy. ainsi, sans préjudice de la note précédente, sur les notions de causalité d'imputation J. FISCHER, « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile » in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 383-396 et F. LEDUC, « Causalité et imputation », *op. cit.*

¹¹⁴⁷ L. JOSSERAND, « La responsabilité envers soi-même », *DH*, 1934, chron. 73 : « [d]e toute façon, en toute occurrence, il y aura un responsable ; étant admise cette prémisse, il ne reste plus qu'à rechercher qui sera sacrifié, et l'on sera incité à choisir comme bouc émissaire l'auteur de l'acte dommageable plutôt que la victime ; celui qui a agi plutôt que celui qui a subi les résultats de cette action »

¹¹⁴⁸ L'idée de recourir au concept de la garde avait en effet été envisagé : voy. W. E. BELSER, « L'assurance des risques nucléaires », *Rapport à l'Organisation européenne de coopération économique*, 1957, p. 7 ; N. PELZER, "The Present State of Research", *op. cit.*, p. 270. J.-P. PIÉCARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, p. 54 et plus pour plus de détails *supra* Introduction note 256.

¹¹⁴⁹ En effet, quoique l'on allie traditionnellement la responsabilité du fait des choses à la théorie du risque, cette assimilation ne serait pas totalement fondée : voy. J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Les obligations. Le fait juridique*, Paris, Sirey, 2011, pp. 83, 315 et ss. admettant que cette responsabilité est tiraillée entre le risque et la faute comme on aura l'occasion de le rappeler *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

¹¹⁵⁰ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, pp. 268, 291. Nous soulignons.

¹¹⁵¹ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 105 et dans le même sens P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 84 ; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LGD], 1973, 387 p. ou encore L. BLOCH, *L'exonération en droit de la responsabilité*, thèse, Bordeaux, 2003, sp. p. 275 : « l'existence du pouvoir d'empêcher un fait générateur du dommage et l'existence concomitante [de celui-ci] engendre une responsabilité au bénéfice du doute ».

prendre les décisions nécessaires à empêcher l'accident nucléaire et donc, *a contrario*, une justification plus satisfaisante de l'imputation opérée¹¹⁵².

275. Plan. Cette idée n'a malheureusement été que trop peu exploitée par les rédacteurs des conventions, lesquels ont retenu un critère fondé sur des considérations multiples tenant tant au respect des droits nationaux (i.) qu'à des considérations assurantielles (ii.)

- i. Un critère de désignation formel respectueux des droits nationaux

276. Une désignation strictement formelle. Qu'il s'agisse de la Convention de Paris ou de la Convention de Vienne, l'exploitant d'une installation nucléaire y est défini comme celui « ayant été désigné ou reconnue par l'autorité publique comme l'exploitant de cette installation nucléaire »¹¹⁵³. Aucune référence à la notion de maîtrise n'est ainsi formulée, et cela contrairement à ce qui a pu être affirmé par ceux s'étant targués du bénéfice du recours à la notion¹¹⁵⁴. Certes, il s'agit là d'une critique que l'on pourrait aisément relativiser. Le choix d'une définition formelle et officielle de l'exploitant résultait en effet de la volonté partagée des rédacteurs des conventions de laisser cette définition à la compétence de chaque État et constituait, en cela, un choix politique sage.

277. Une désignation respectueuse des particularités nationales. Par suite du développement de l'énergie nucléaire, presque tous les États concernés avaient édicté des règlements ou des législations subordonnant certaines applications de l'énergie atomique à l'octroi d'une autorisation administrative. La *ratio legis* en était manifeste : la sécurité et la santé des citoyens exigeaient que soient réunies des conditions de conformité de l'exploitation avec les prescriptions qu'elle rendait nécessaire. Le bénéficiaire de l'autorisation d'exploitation apparaissait ainsi comme la personne physique ou morale qui avait la charge de l'exploitation, de son contrôle sans interruption et des décisions relatives à son fonctionnement. Parce que la solution la plus simple consistait d'ores et déjà à désigner le détenteur d'une telle autorisation, il paraissait de ce fait impossible d'instaurer, sur le plan international, un régime unique d'autorisation nucléaire qui puisse satisfaire tous les États. Selon l'état des avancées scientifiques, mais également des différences de technique juridique et des choix politiques, les éléments constitutifs d'un tel régime d'autorisation variaient au sein des États concernés. Le renvoi au droit national pour la désignation de l'exploitant ne pouvait donc être qu'un choix emportant l'approbation¹¹⁵⁵. Le fait que les rédacteurs aient réuni les exploitants personnes publiques et personnes privées sous la seule notion « d'exploitant », et soumis ces derniers au même régime sans considération relative aux immunités de juridiction, peut d'ailleurs en témoigner¹¹⁵⁶.

¹¹⁵² Voy. sur ce point les développements *infra* Partie II.

¹¹⁵³ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vi et *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier.1.c.

¹¹⁵⁴ Voy. AEN, *Responsabilité et réparation des dommages nucléaire*, *op. cit.*, p. 24

¹¹⁵⁵ Voy. Z. EL SHAARAOULI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire : étude comparative*, t. 2, Thèse, Paris 1, 1981, pp. 169 et ss ; J-P. PIÉCARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, p. 40.

¹¹⁵⁶ Voy. *Convention de Paris* (2004) art. 13.j. ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier. 1.a. et XIV. Ainsi, bien qu'étant annoncé comme un régime de droit privé, le régime de responsabilité civile nucléaire s'applique exactement de la même manière également lorsque l'installation nucléaire est exploitée par une personne publique, et s'oppose à toute immunité de juridiction (il subsisterait toutefois une immunité d'exécution). Pour cela, certains auteurs ont parfois considéré ce régime comme une exception au régime des travaux publics : voy. J. PETIT, G.

Nonobstant cette justification, le fait que le critère de la maîtrise a été éludé des textes conventionnels portant sur la responsabilité, alors que l'idée ressort dans d'autres aspects de ce droit, notamment en matière de sûreté¹¹⁵⁷, laisse subsister un sentiment de frustration. Il est davantage exacerbé, lorsqu'il apparaît, que ce choix devait en réalité prendre en considération les impératifs assurantiels.

ii. Un critère de désignation incluant l'impératif assurantiel

278. L'assurance comme critère de désignation de l'exploitant. À la lecture des textes explicatifs, la désignation de l'exploitant devait, en réalité, être justifiée par un critère plus spécifique :

« [l']exploitant d'une installation nucléaire y est défini comme étant la personne désignée ou reconnue comme tel par l'autorité publique compétente en ce qui concerne l'installation nucléaire en cause. Dans tous les cas où il existe un système de licence ou d'autorisation, l'exploitant et le bénéficiaire de la licence ou de l'autorisation. Dans tous les autres cas, c'est la personne qui, par décision de l'autorité publique compétente, est tenue en vertu de la Convention, d'avoir la couverture financière pour faire face au risque de la responsabilité civile »¹¹⁵⁸.

Cette référence à la couverture financière ne devrait, en réalité, pas surprendre. Si l'on doit considérer que l'exploitant est celui qui retire le profit de l'activité, sa solvabilité justifie qu'il soit désigné responsable. Elle doit cependant être également appréciée à l'aune de la thèse soutenue par Geneviève VINEY.

279. L'assurance comme justification de la responsabilité même sans faute. Dans sa thèse intitulée *Le déclin de la responsabilité individuelle*, l'auteure s'était attachée à démontrer la dimension économique de l'objectivisation de la responsabilité en raison de sa propension à faire coïncider la dette de réparation sur un débiteur solvable, ou plus simplement sur celui qui aurait la possibilité de recourir à l'assurance. Considérant l'insuffisance de l'imputation opérée par la théorie du risque sur le seul critère de « la source du risque », elle considérait que seule la capacité à l'assurance aurait permis son succès¹¹⁵⁹. Parce qu'à « vouloir secourir les victimes, on aurait accablé les gardiens si, encore une fois, l'assurance n'était venue nous sauver de l'iniquité »¹¹⁶⁰, l'assurance a ainsi conféré une explication satisfaisante à un choix teinté « d'une rigueur ayant parfois une odeur d'injustice »¹¹⁶¹, et ce quoique

EVEILLARD, « Ouvrage public, Régime », *JCL Propriétés publiques*, fasc. 9, 2019, § 219 ; R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 511. En réalité, plusieurs raisons expliquent ce choix, lesquelles ont été évoquées dans l'Introduction. La première est celle que le droit public ou plus exactement le droit administratif n'existe pas à proprement parler dans de nombreux États. La deuxième raison est plus pratique : elle résulte de l'équilibre instauré par le régime qui ne pouvait s'embarrasser de la dualité juridictionnelle et de « la querelle trop souvent stérile de l'évolution des rapports du public et du privé » : voy. R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 511 ; J-M. PONTIER, « Le droit nucléaire, droit à penser », *AJDA*, 2015, p. 1683 ; « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 193.

¹¹⁵⁷ On verra *infra* que le développement de la sûreté nucléaire a néanmoins eu une incidence sur la compréhension de la notion d'exploitant.

¹¹⁵⁸ *Exposé des motifs* (1982), §15 et dans le même sens *Textes explicatifs*, p. 10, note 20. Cela n'apparaît pas aussi explicitement dans l'*Exposé des motifs* de la Convention de Paris de 2004, voy. néanmoins *Exposé des motifs* (2004), p. 12, §§ 24-25.

¹¹⁵⁹ Voy. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, sp. p. 218. Dans son ouvrage *Introduction au droit de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 41, l'auteure confirme encore son intuition selon laquelle « l'une des motivations essentielles de ces créations jurisprudentielles a consisté précisément à faire coïncider autant que possible la dette de réparation avec les possibilités du recours à l'assurance ». Voy. également P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 89 pour qui « la dernière cause du succès de la théorie du risque réside dans l'extension considérable de l'assurance de responsabilité » ou encore F. EWALD, *L'État Providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 392 soulignant que « l'assurance qui s'est originairement développée comme un parasite du droit de la responsabilité » est devenue « l'auxiliaire nécessaire, puis la condition de possibilité ».

¹¹⁶⁰ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 511.

¹¹⁶¹ P. ESMEIN, « note sous Cass. civ. 2, 13 mars 1957 », *JCP*, 1957. II. 1084 et dans le même sens J-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, *Les obligations*, *op. cit.*, pp. 85-86 : « que chacun réponde de ses fautes, c'est un hommage rendu à la personne humaine et à sa liberté : l'homme conserve le

la volonté des rédacteurs aurait, de toute façon, suffi à fonder ce lien d'imputation¹¹⁶². En dépit des critiques qu'il a pu susciter¹¹⁶³, on ne peut donc nier toutes les influences que le mécanisme de l'assurance a eues sur le régime de responsabilité civile nucléaire, et même par-delà ce dernier¹¹⁶⁴. Plus que la qualité de l'exploitant à être à l'initiative du risque, c'est sa capacité à l'assurance qui a justifié que lui soit attribuée la dette de responsabilité résultant d'un accident nucléaire. Surtout, elle a justifié qu'elle lui soit attribuée exclusivement. Par-delà le concours apporté par le régime de responsabilité civile nucléaire à la diffusion de la théorie du risque, toute l'innovation de celui-ci a en effet résidé dans le choix des rédacteurs de concentrer toute la responsabilité sur l'exploitant, et sur lui-seul.

B. Une responsabilité même sans faute exclusive de l'exploitant

280. Le mécanisme de la responsabilité exclusive. Le principe de la responsabilité exclusive de l'exploitant signifie que la responsabilité est « légalement » concentrée sur l'exploitant de l'installation nucléaire à l'exclusion de toute autre partie potentiellement responsable concurremment au titre du droit de la responsabilité. Certes, ce point peut ne pas surprendre de prime abord, dès lors qu'était aussi une conséquence de l'évolution de la responsabilité civile, le fait d'avoir prévu que dans certaines circonstances le risque justifie que la responsabilité soit imputée à certains pour les dommages causés par d'autres¹¹⁶⁵. Le principe constitue pourtant une innovation juridique majeure. D'aucuns y ont vu la traduction d'une « extension de la théorie du risque »¹¹⁶⁶ parce qu'au-delà d'imputer à l'exploitant les seuls comportements humains de ceux qui agissent sous son autorité, le principe y inclut les acteurs d'une industrie tout entière¹¹⁶⁷. Ainsi, alors que l'utilisation pacifique de l'atome suppose nécessairement l'intervention d'un certain nombre de personnes « source de risque » qui gravitent autour de l'exploitant (fournisseurs d'équipement, de combustibles ou de services), les rédacteurs des conventions ont fait le choix de canaliser sur ce dernier la responsabilité pour tous les dommages nucléaires causés par un accident survenant sur son installation ou lors du transport de

pouvoir d'échapper aux responsabilités en évitant de commettre des fautes. Que chacun réponde de tous ses actes, c'est une méconnaissance de cette liberté : l'homme est alors écrasé par une charge à laquelle il lui est impossible d'échapper sauf à s'abstenir d'agir, ce qui nie sa liberté et appelle une critique de la théorie [du risque] sur le plan de l'intérêt social [...] un premier danger est donc de décourager les initiatives et l'esprit d'entreprise [...] la pratique de l'assurance de responsabilité pare au premier danger ».

¹¹⁶² Par-delà ses justifications, la responsabilité reste en effet directement fondée par la règle qui la matérialise et qui résulte de la seule volonté de ses rédacteurs : voy. J.-C. VENEZIA, « Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l'administration » in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, PUAM, 1986, p. 215 pour qui dans le cadre d'un régime législatif [mutatis mutandis conventionnel], « la responsabilité trouve son fondement et ses limites dans la volonté du législateur » et dans le même sens B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 51 et ss.

¹¹⁶³ Sur ces critiques : voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

¹¹⁶⁴ Le phénomène n'est propre ni au droit français ni au droit nucléaire et a été observé dans bon nombre de droit étrangers. : voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, *op. cit.*, sp. p. 601 ; J.-L. FAGNART, « Recherche sur le droit de la réparation » in *Responsabilité et Assurance, Mélanges R. O. Dalcq.*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 135-136.

¹¹⁶⁵ Sur le lien entre la théorie du risque et la responsabilité du commettant du fait du préposé, voy. not. J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Les obligations*, *op. cit.*, pp. 266 et ss.

¹¹⁶⁶ M.-B. LAHORGUE, « Le droit nucléaire du 20^{ème} siècle au 21^{ème} siècle : regards rétrospectifs », *Riséo*, 2016-1, p. 42.

¹¹⁶⁷ Voy. T. MELESCANU, *La responsabilité pour les dommages nucléaire*, *op. cit.*, p. 73 soulignant que « le fondement de ce principe n'est pas de date récente ; la canalisation de la responsabilité civile existe depuis longtemps déjà, comme, à titre d'exemple la responsabilité du chef de l'entreprise pour les dommages causés par ses employés et préposés. Mais — phénomène juridique nouveau —, la canalisation en matière de dommages nucléaires vise une seule personne à l'exclusion de toute autre ». Sur l'application de la « canalisation » telle qu'entendue en droit commun M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité, Les potentialités du droit des assurances*, Paris, Défrenois, 2006, pp. 30-31.

substances nucléaires, à destination ou en provenance de cette dernière¹¹⁶⁸. La charge de la réparation repose donc exclusivement sur l'exploitant, et il importe peu que l'accident puisse trouver sa cause matérielle dans la négligence d'un fournisseur ou d'un constructeur, ou dans la défectuosité d'un produit. Le risque nucléaire ne se partageant pas, il s'assume « en bloc »¹¹⁶⁹.

281. L'opportunité du principe de responsabilité exclusive. Radicalement opposé aux traditions juridiques les plus anciennes qui reconnaissent dans l'intérêt de la victime, la possibilité pour elle de s'adresser à une pluralité de responsables, ce principe autrement appelé « principe de canalisation » est ainsi devenu le « *most characteristic concept of nuclear law* »¹¹⁷⁰ et la pierre angulaire du régime de responsabilité civile nucléaire. Comme la question de l'assurance avec laquelle il est étroitement lié, il pourrait intervenir à tous les stades de notre étude. Plusieurs raisons expliquent cependant qu'il soit étudié à ce stade, lesquelles correspondent plus ou moins aux justifications de sa consécration. D'une part, afférent aux caractéristiques propres de l'accident nucléaire, ce principe aurait répondu aux mêmes préoccupations que le choix d'une responsabilité *même sans faute*. Il en serait même la combinaison logique dès lors qu'il permet d'éviter aux victimes d'avoir à identifier et poursuivre la personne ayant matériellement causé l'accident, et donc d'entamer des recherches, des expertises et des actions en responsabilité multiples et coûteuses¹¹⁷¹. Il s'agit donc là « d'un avantage non négligeable » lorsque l'on considère « la difficulté que les victimes pourraient rencontrer pour l'obtention de preuves nécessaires afin d'établir la cause d'un accident »¹¹⁷². D'autre part, en écho aux propos qui ont conclu le développement précédent, le principe de canalisation trouvait initialement une justification économique et, plus exactement, assurantielle. Pour ces raisons certainement, le fondement juridique de ce principe cardinal est d'ailleurs toujours apparu opaque, voire inexistant.

282. Plan. Cela est du moins la conclusion à laquelle nous serons susceptibles de parvenir après avoir présenté les origines concrètes et le contenu conventionnel de ce principe (1.) et les tentatives de théorisations juridiques de celui-ci, notamment au sein de la doctrine française et de la doctrine allemande (2.).

¹¹⁶⁸ Il s'agit ici encore d'une particularité non négligeable. En droit commun, en effet, un transporteur est responsable des dommages causés en cours de transport. Cette règle n'a pas été jugée comme convenant au domaine du nucléaire, car le transporteur aurait aussi été tenu de souscrire une assurance coûteuse, n'aurait pas été responsable de l'emballage des matières nucléaires et n'aurait pas posséder les connaissances nécessaires. Ainsi, le maintien de la responsabilité du transporteur a été considéré comme inéquitable et peu réalisable. En place et lieu, la responsabilité incombe à l'exploitant expédiant les substances jusqu'à ce qu'elle soit transférée à l'exploitant qui les reçoit ou qu'il ait pris en charge l'expédition : voy. sur ce principe et ses rares exceptions *Convention de Paris* (2004), art. 4 ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. II.

¹¹⁶⁹ K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, Saarbrücken, Editions universitaires européennes, 2011, p.40.

¹¹⁷⁰ T. GADKOWSKI, *International Liability of State for Nuclear Damage*, Delft, Eburon Publishers, 1989, p. 83

¹¹⁷¹ Cela était déjà bien exposé dans le « Harvard Report » qui sera étudié ci-après : voy. HARVARD LAW SCHOOL/ATOMIC INDUSTRIAL FORUM (SOUS LA DIR.), *International Problems of Financial Protection Against Nuclear Risk* (« Harvard Report »), 1959, New York, p. 57; P. STROHL, « Bilan de recherche », *op. cit.*, p. 139.

¹¹⁷² J. SCHWARTZ, « Responsabilité civile et réparation pour les dommages résultant d'un accident nucléaire », *op. cit.*, p. 343 et dans le même sens Y. DEMOURES, « La responsabilité de l'exploitant nucléaire au regard de la réglementation française de la responsabilité civile (principe de canalisation) » in *Droit nucléaire européen*, *op. cit.*, p. 131 et H. KOLEHMAINEN, "The modernisation of the international nuclear third-party liability regime – Does exclusive liability still make sense ?" in OCDE/AEN, *Reform of Civil Nuclear Liability, Budapest Symposium 1999*, *op. cit.*, pp. 457-459.

1. Les sources de la consécration conventionnelle de la responsabilité exclusive

283. Plan. Le principe de canalisation, d'abord né de la pratique américaine (a.) a été repris et modifié par les États européens, et ce avant d'être consacré par les conventions de responsabilité civile nucléaire (b.).

a. Une pratique américaine : la canalisation économique

284. Un transfert de risque résultant de la privatisation de l'exploitation nucléaire. La canalisation de la responsabilité sur l'exploitant, avant d'être reprise et consacrée par les conventions de responsabilité civile nucléaire, trouve son origine dans une pratique américaine remontant aux années 1950. À la fin des années 1940, les États-Unis était le premier État concerné par les exigences de l'utilisation pacifique du nucléaire. Il était alors dans la pratique de la Commission américaine de l'Énergie atomique (USAEC) de décharger contractuellement, par le recours à des *hold-harmless clauses*, les fournisseurs de toute obligation de réparation susceptibles de naître à raison du risque nucléaire¹¹⁷³. Lorsque le gouvernement américain a décidé d'ouvrir l'exploitation des réacteurs nucléaires aux entreprises privées, la fin du monopole public a cependant eu pour conséquence un transfert de risque de responsabilité vers les acteurs privés de l'industrie nucléaire. Or, à l'époque, ce choix politique n'avait été accompagné d'aucune mesure permettant à ces entreprises d'investir dans ce nouveau secteur de manière optimale.

285. Un transfert de risque source d'inquiétude pour l'industrie. Plus précisément, les risques encore peu connus de cette industrie dissuadent quelque peu les compagnies d'assurance de proposer les garanties nécessaires et, du même coup, les entreprises d'électricité d'investir dans la filière. Sous la pression de ces entreprises, des études scientifiques ont donc été menées¹¹⁷⁴. Étayé par ces dernières, le législateur fédéral a ainsi adopté le *Price Anderson Nuclear Industries Indemnity Act* qui forme aujourd'hui le socle du régime de responsabilité civile nucléaire américain¹¹⁷⁵. *Quid pro quo* entre l'industrie et les autorités publiques, ce texte « proactif »¹¹⁷⁶ est donc venu instituer le principe de la canalisation économique (« *economic channelling* ») de la responsabilité de l'exploitant nucléaire. Ainsi, le coût de la réparation des dommages nucléaires était toujours supporté par l'assureur de l'exploitant, bien que l'action en responsabilité puisse être dirigée contre un autre acteur impliqué dans la survenance de l'accident qu'il soit fournisseur, concepteur ou constructeur de l'installation. Dès lors, et bien que cette forme de canalisation ne fasse pas obstacle à une pluralité de responsables, elle aboutit en définitive à ce qu'un seul acteur – l'assureur de l'exploitant, et par-dessus lui l'exploitant – assume l'intégralité du coût de la réparation des dommages subis par les victimes de l'accident nucléaire. Ce choix allait alors influencer les États européens.

¹¹⁷³ Voy. H. FISCHERHOF, « Essai sur une théorie juridique de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une installation nucléaire », *op. cit.*, pp. 112-121 ; E. AMEYE, "Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator : It is sustainable in a Developing Nuclear World or is there a Need for Liability of Nuclear Architects and Engineers", *EEELR*, vol. 19, 2010, pp. 34-35.

¹¹⁷⁴ Voy. USAEC, *Theoretical Possibilities and Consequences of Major Accidents in Large Nuclear Power Plants*, Washington, 1957, 105 p.

¹¹⁷⁵ Sur ce texte, voy. *supra* Introduction, § 15.

¹¹⁷⁶ O. MORÉTEAU, "Catastrophic Harm in United States Law: Liability and Insurance", *AJCL*, vol. 58, 2009, p. 11.

286. L'exportation de la pratique états-unienne. À la fin des années 1950, l'industrie nucléaire américaine cherche à s'exporter sur le sol européen de l'ouest. Mais les contributions des entreprises américaines devaient se limiter à la fourniture de matériel, de technologie et de savoir-faire. Ces dernières craignaient alors de voir leur responsabilité engagée du fait de produits ou de services sur lesquels ils auraient perdu tout contrôle quand l'assurance était toujours réticente à couvrir le risque nucléaire. Afin de soutenir les entreprises américaines et faciliter leur implantation en Europe de l'Ouest, les États-Unis réclamèrent donc l'élaboration d'une convention internationale qui fixerait un régime de responsabilité favorable aux partenaires économiques sur la base de deux études menées par l'Atomic Industrial Forum : le *Preliminary Report on Financial Protection against Atomic Hazards* qui précède l'étude définitive menée avec l'Université de Harvard et dont le rapport est connu sous le nom de « *Harvard Report* »¹¹⁷⁷. C'est dans ces deux travaux que l'on retrouve pour la première fois l'idée de décharger légalement les fournisseurs de toute responsabilité. Parmi ses douze principes, le *Harvard Report* recommandait en effet l'application du principe de « *legal channelling* » énonçant expressément que la « *channelling all third-party tort suits to operator* », et la suppression de tout droit de recours des victimes contre le fournisseur, présentaient sans aucun doute l'avantage d'être extrêmement simple et efficace sur le plan international. Avec l'appui de la délégation américaine, ces considérations ont donc trouvé écho lors des négociations de la Convention de Paris, pour ensuite être reprises dans la Convention de Vienne comme un élément essentiel de la « *philosophy* » de la Convention¹¹⁷⁸.

287. La formulation de cette exportation au sein des conventions. Véhiculant une conception « stricte »¹¹⁷⁹ de cette idée, c'est ainsi que la Convention de Paris et la Convention de Vienne ont énoncé cette règle selon laquelle le droit à réparation pour un dommage causé par un accident nucléaire ne peut être exercé que contre un exploitant responsable de ce dommage et, que sous réserve de certaines dispositions, aucune autre personne ne peut être tenue de réparer un dommage causé par un accident nucléaire¹¹⁸⁰. Étant exclusivement responsable, l'exploitant nucléaire ne devait pas avoir de droits de recours. Les textes des conventions ont toutefois prévu deux cas limitatifs venus atténuer ce principe. Premièrement, l'exploitant peut exercer recours contre une personne physique si le dommage résulte de son acte ou de son omission intentionnels¹¹⁸¹. Si l'on peut y voir ici une influence éventuelle de

¹¹⁷⁷ Voy. Harvard Law School/Atomic Industrial Forum, *International Problems of Financial Protection Against Nuclear Risk* (« *Harvard Report* »), *op. cit.*, p.57.

¹¹⁷⁸ AIEA, *Civil Liability for Nuclear Damage, Official Records International Conference*, Vienne, 29 avril-19 mai 1963, Vienne, Ed. AIEA, 1964, pp. 226-230 ; E. AMEYE, « Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator », *op. cit.*, pp. 40-41 ; T. VANDEN BORRE, « Channelling of Liability: a Few Juridical and Economic Views on an Inadequate Legal Construction » in N. HORBACH (dir.), *Contemporary Developments in Nuclear Energy Law: Harmonizing Legislation in CEEC/NIS*, 1999, La Haye/Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 21.

¹¹⁷⁹ J. KNETSCH, « Pour une réforme du droit de la responsabilité nucléaire » in H. ARBOUSSET, C. LACROIX, B. STEINMETZ (dirs.), *Risques, accidents et catastrophes, Liber amicorum en l'honneur de Madame le Professeur Marie-France Steinlé-Feuerbach*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 160.

¹¹⁸⁰ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 6.a et b ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. II.5.

¹¹⁸¹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 6.f ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. X.b. Concernant l'obligation de réparation envers cette personne (c'est-à-dire l'application du principe de la faute de la victime), la Convention de Paris de 2004 et la Convention de Vienne autorise le tribunal compétent à exonérer l'exploitant de toute réparation : voy. *Convention de Paris* (2004), art. 6.e ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. IV.2.

l'assurance¹¹⁸², il ne s'agit pas ici de retenir la responsabilité de celui qui a causé l'accident par sa faute légère, autrement dit sa « défaillance humaine ». L'exception ne vaut que si elle la faute résulte d'un acte purement intentionnel, c'est-à-dire avec la volonté de causer le dommage¹¹⁸³. Deuxièmement, l'exploitant bénéficie d'un droit de recours si ce dernier est expressément prévu par contrat¹¹⁸⁴. Venant corriger la responsabilité exclusive de l'exploitant de façon plus ou moins importante selon l'usage qui en est fait¹¹⁸⁵, ce droit de recours contractuel a cependant fait l'objet de certaines critiques et interrogations, notamment quant à la possibilité de réparer les dommages causés aux biens de l'exploitant¹¹⁸⁶. Au-delà de cette question, c'est généralement la confusion introduite au sein des conventions entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle qui a soulevé certaines questions. Compte tenu du fait que « *by relegating extent and terms of [the] inter-party liability of the realm of contract bargaining, all interests would be adequately safeguarded* », certains auteurs ont considéré qu'il aurait été plus en ligne avec le droit traditionnel de la responsabilité que le droit de recours contractuel contre le fournisseur ait existé *ab initio*, c'est-à-dire à moins que l'exploitant n'y ait renoncé par contrat¹¹⁸⁷. Cette dernière possibilité s'avérant toutefois peu éloignée de la pratique des « *hold-harmless clause* », et ces dernières n'ayant pas suffi à apaiser les craintes des entreprises américaines lors de leur installation sur leur sol européen, c'est donc sans surprise qu'elle fut rejetée lors des négociations de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris¹¹⁸⁸. Pour cela, il a pu être affirmé que la canalisation de l'exploitant nucléaire constituait « *the pure form of channeling* ». En effet, bien que le mécanisme ait été repris dans multiples législations et conventions, on n'y a jamais retrouvé qu'une édulcoration (un « *watered-down version* »)¹¹⁸⁹. Il s'agira, cependant, de ne pas confondre une responsabilité exclusive d'une responsabilité de *plein droit* ou *absolue*. Ces deux qualifications qui

¹¹⁸² En effet, les assureurs refusent traditionnellement de couvrir les assurés pour la faute intentionnelle d'un tiers : voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2017, p. 317

¹¹⁸³ Cette disposition a ainsi fait l'objet de critiques, qu'il s'agisse du manque de clarté de la faute visée ou encore de la légitimité de cette disposition quand le « comportement dommageable » de base aurait été celui de l'exploitant et du risque créé par lui : voy. H-P. VISSER'T HOOF, « Dommages directs et indirects après un accident nucléaire – Réflexion sur un problème méconnu », *Journal des tribunaux*, n° 4547, 1966, pp. 612-613.

¹¹⁸⁴ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 6.f ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. X.a.

¹¹⁸⁵ Voy. Y. DEMOURES, « La responsabilité de l'exploitant nucléaire au regard de la réglementation française de la responsabilité civile (principe de canalisation) », *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁸⁶ Le régime exclut en effet toute réparation pour les dommages causés à l'installation, aux biens sur site ou à toutes autres installations se trouvant sur le site : *Convention de Paris* (2004), art. 3.a ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. IV.5. Le recours par contrat a donc soulevé cette question de savoir si la Convention, en principe relative à la responsabilité envers les tiers (*third-party liability*), autorisait cette réparation si elle était prévue par contrat : voy. M. BEYENS, « Les dommages aux biens sur site » in OCDE/AEN, *La réforme de la responsabilité civile nucléaire, Symposium de Budapest*, *op. cit.*, pp. 509-522 ; M.T. WIWEN-NILSSON, *Memorandum Liability of Suppliers and Contractors for nuclear damage to on-site property under the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 1963* ; K. LIETAERT, « Un problème d'interprétation soulevée par la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire », *RGAR*, 1985, pp. 1088 et ss.

¹¹⁸⁷ Voy. T. VANDEN BORRE, « Channeling of Liability: a Few Juridical and Economic Views on an Inadequate Legal Construction », *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁸⁸ T. VANDEN BORRE, « Channeling of Liability: a Few Juridical and Economic Views on an Inadequate Legal Construction », *op. cit.*, p. 25 et dans le même sens H. FISCHERHOF, « Essai d'une théorie juridique de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une installation nucléaire », *op. cit.*, p. 114.

¹¹⁸⁹ E. AMEYE, « Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator », *op. cit.*, p. 56. Par exemple, la Convention de Bruxelles de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures dispose [qu']« aucune demande de réparation de dommage par pollution, ne peut être formée contre le propriétaire [du navire] autrement que sur la base de la présente Convention », ainsi que contre certaines personnes dont l'article III dresse une liste exhaustive, et ce à moins que le dommage ne résulte de leur omission intentionnelle ou d'une faute de témérité. Elle n'emporte, dès lors, aucune exclusion d'éventuelles actions en responsabilité contre certains tiers. Or, cette possibilité avait notamment permis au tribunal correctionnel de Paris d'engager en première instance la responsabilité de certaines entreprises dont celle de l'entreprise Total SA, impliquée dans le naufrage de l'Erika : voy. K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, sp. pp. 130 et ss. et sur l'affaire de l'Erika, voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2. De même, et comme énoncé *supra*, certaines méthodes se rapproche de la canalisation dans le droit français de la responsabilité sans y apporter ce même critère d'exclusivité : voy. M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système de responsabilité*, *op. cit.*, pp. 30-31.

relèvent de l'abus de langage¹¹⁹⁰, ne peuvent désigner la responsabilité de l'exploitant nucléaire dès lors que celle-ci reste respectivement soumise à condition et qu'elle présente certains cas d'exonération limités¹¹⁹¹.

Cela étant, bien que les auteurs aient semblé unanimes sur le fait que la raison première de la consécration de la canalisation juridique ait résidé dans l'institution d'un « bouclier juridique »¹¹⁹² visant à favoriser l'investissement en Europe des entreprises outre-Atlantique, d'autres arguments ont dû être avancés pour expliquer cette spécificité. Puisque « le droit est toujours mesuré à l'échelle de la justice », le principe de canalisation de l'exploitant était ainsi apparu fondamentalement « injuste »¹¹⁹³ et « contraire à l'équité »¹¹⁹⁴. Pour apparaître justifié, il a donc fallu que les juristes et les milieux économiques intéressés s'emploient à démontrer que cette canalisation trouvait un fondement tout en constituant un impératif pour la promotion de l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques dans l'intérêt de la collectivité. Dès lors, l'assurance, qui avait été source de préoccupation pour les entreprises états-uniennes, est apparue comme l'une des justifications de cette imputation.

2. Les tentatives de théorisation de la responsabilité exclusive

288. Une justification purement pratique et économique. Suivant les origines du principe de canalisation résumées ci-dessus, l'optique purement pragmatique du choix de la responsabilité exclusive ne devait faire l'objet d'aucune contestation. Pour cela, des auteurs, à l'instar du Professeur PEROLO, décidèrent de renoncer à en chercher le fondement juridique considérant ici la « présence d'une nouvelle technique, propre au droit nucléaire, qui dépasse les frontières de toutes les théories connues jusqu'alors en droit civil »¹¹⁹⁵. En effet, et bien y regarder, les « motifs sur lesquels repose la

¹¹⁹⁰ Voy. *supra* Introduction, note 60.

¹¹⁹¹ Les conventions disposent qu'aucune responsabilité ne devait incomber à l'exploitant si l'accident ayant causé les dommages résultait directement « d'actes de conflit armé, d'hostilités, de guerre civile ou d'insurrection » : *Convention de Paris* (2004), art. 9 ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), *op. cit.*, IV.3. Si l'on considère généralement qu'il appartient à l'exploitant d'en apporter la preuve, il faut souligner que cette clause est de toute éternité interprétée comme n'incluant pas les actes de terrorisme : voy. *Responsabilité civile en matière de dommages nucléaires : Actes officiels de la Conférence internationale sur la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, Vienne, 1964, STI/PUB/54, p. 48 ; SCNL/13/INF.3, pp. 13-14 ; *Textes explicatifs*, p. 54 ; *Exposé des motifs* (2004), p. 36, § 80.a. Quant à l'expression « acte conflits armés, d'hostilités, de guerre civile ou d'insurrection », elle tendrait pour certains à désigner, au regard de l'évolution du droit des conflits armés, une réalité convergente, et aurait pu être désignée sous une dénomination commune de « conflit armés », que l'évolution du droit international humanitaire tendrait maintenant à désigner autant des conflits armés internationaux (CAI) que non-internationaux (CANI). Nous pensons, au contraire, que les choix des rédacteurs des conventions d'envisager ces différentes situations permet de couvrir un spectre plus large de situation. En effet, la notion « d'acte d'hostilité », de caractère ambigu, aurait pu permettre de couvrir un acte commis dans le cadre d'une situation se trouvant en deçà du seuil de conflit armé tel que régit par le droit international humanitaire (de simples troubles internes par exemple). Cela ne semble cependant pas être avec certitude la solution retenue par les rédacteurs des conventions : voy. *Exposé des motifs* (1982), p. 12 § 48 ; *Exposé des motifs* (2004), p. 36, § 80.a) ; *Textes explicatifs*, pp. 55-56 ; T. MELESCANU, *La responsabilité pour les dommages nucléaires*, *op. cit.*, pp. 142 et ss. Initialement, l'exploitant n'était également pas tenu responsable, sauf si le droit de l'État où se trouve le droit national de l'État de l'installation en cause en disposait autrement, si l'accident est dû à un « cataclysme naturel de caractère exceptionnel » : *Convention de Paris* (1982), art. 9 ; *Convention de Vienne* (1963), art. IV.3. Cette disposition a cependant été supprimée par le Protocole de 1997 et par le Protocole de 2004 à la Convention de Paris, suivant l'idée selon laquelle les installations nucléaires devraient être construites et maintenues de façons à résister aux catastrophes naturelles, y compris celle de caractère exceptionnel : voy. *Acte final de la conférence sur la révision de la Convention de Paris et de la Convention complémentaire de Bruxelles*, 12 février 2004, p. 82, § 32 ; *Textes explicatifs*, p. 54.

¹¹⁹² J. KNETSCH, « Pour une réforme du droit de la responsabilité nucléaire », *op. cit.*, p. 161 ; T. VANDEN BORRE, « Channeling of Liability: a Few Juridical and Economic Views on an Inadequate Legal Construction », *op. cit.*, pp. 20, 25.

¹¹⁹³ H. FISCHERHOF, « Essai d'une théorie juridique de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une installation nucléaire », *op. cit.*, p. 119.

¹¹⁹⁴ G. ERLER, « Rapport Général », *op. cit.*, p. 148.

¹¹⁹⁵ Propos tenu lors du Congrès de Stresa (Suisse) sur l'assurance du risque nucléaire, 30 juin au 8 juillet 1958, organisé par le Comité européen d'étude des centrales nucléaires cités par J. BARRY, *L'énergie nucléaire face au droit*, Cours, Aix en Provence, tome II, p. 154.

canalisation juridique [étaient], sans discussion possible, d'ordre économique et pratique »¹¹⁹⁶. À cet endroit, l'*Exposé des motifs* de la Convention de Paris dans sa première rédaction ne fait que le confirmer :

« [d]eux motifs principaux ont conduit à concentrer toute la responsabilité sur l'exploitant, ce qui constitue une restriction des droits reconnus à la victime par le droit commun de la responsabilité. D'abord, il est souhaitable d'éviter les difficultés et les délais qui résulteraient dans chaque cas de la possibilité d'actions en responsabilité multiples. Ensuite, il serait nécessaire, pour couvrir tous ceux qui pourraient être associés à l'exploitant, de contracter des assurances spéciales très onéreuses et dont il n'est pas sûr qu'elles pourraient être obtenues »¹¹⁹⁷.

Si la première raison afférente aux causes obscures de l'accident ne mérite pas plus de développement, la seconde ne doit également pas surprendre. Cette désignation autoritaire et préalable au dommage de l'exploitant se justifiait, en grande partie, en raison de son aptitude à l'assurance, mais compte tenu de cette particularité voulant que le risque nucléaire était peu connu, mais néanmoins susceptible de provoquer des événements de grande ampleur. Aussi, n'était-il pas facilement pris en charge. Or les spécificités de l'accident nucléaire ayant conduit les rédacteurs des conventions à consacrer une obligation de garantie financière, celle-ci devait bien souvent prendre la forme d'une souscription à un contrat d'assurance¹¹⁹⁸. Le maintien de la responsabilité des tiers et l'extension à leur compte de cette obligation auraient entraîné la souscription de polices multiples et coûteuses, autrement dit une *pyramide inutile d'assurance* susceptible d'entraîner une escalade des coûts et de décourager les investissements dans cette industrie naissante¹¹⁹⁹. On pourra ainsi comprendre que ces considérations soient aujourd'hui remises en cause par une partie de la doctrine¹²⁰⁰. Mais il faut souligner qu'elles avaient déjà été diversement accueillies à l'époque et ainsi avaient prêté le flanc à de nombreuses critiques de la part de ceux pour qui « saisir la nouveauté d'un principe juridique n'empêche pas les juristes de rechercher son fondement réel »¹²⁰¹.

289. Les conséquences de l'échec de justification juridique. C'est notamment en Allemagne que l'on retrouva, de la part de la doctrine, mais également des autorités, la résistance la plus vive à l'encontre du principe de canalisation et le besoin le plus prégnant de creuser le problème¹²⁰². En effet, si les juristes de *Common law* semblent avoir renoncé à rechercher une justification juridique à la

¹¹⁹⁶ G. ERLER, « Rapport Général », *op. cit.*, p. 147 ; H. FISCHERHOF, « Essai d'une théorie juridique de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une installation nucléaire », *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁹⁷ *Exposé des motifs* (1960), § 15 référencé par A. CHENU, « La Convention OEEC et ses motifs », *Nucleus*, 1960, p. 411. Voy. également *Exposé des motifs* (1982), p. 4, § 15 ; *Exposé des motifs* (2004), p. 12, § 25 ; « Rapport de la Commission permanente du risque atomique au Comité européen des assurances », *RGAT*, 1960, p. 217 ; W.E. BELSER, « Aperçu des problèmes que l'énergie atomique pose à l'assurance », *op. cit.*, p. 226 ; J.-C. GAUTRON, « La responsabilité du constructeur de centrale nucléaire », *Conférence du 29 novembre 1959* ; M. BAUER, « Les projets élaborés dans le cadre de l'OEEC et Euratom sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie atomique », *op. cit.* ; M.-C. CAMIER, *Responsabilité et assurance du risque atomique dans les droits européens*, *op. cit.*, pp. 117-120.

¹¹⁹⁸ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 2.

¹¹⁹⁹ J.P.H. TREVOR, "Principles of Civil Liability for Nuclear Damage", *op. cit.*, p. 110 et dans le même sens Harvard Law School/Atomic Industrial Forum (dir.), *International Problems of Financial Protection Against Nuclear Risk* (« *Harvard Report* »), *op. cit.*, p. 18 ; E. AMEYE, "Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator", *op. cit.*, pp. 36-40

¹²⁰⁰ Nous y reviendrons quelques pages plus loin.

¹²⁰¹ Voy. Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 272.

¹²⁰² Voy. H. FISCHERHOF, « Das Problem einer dogmatischen Begründung der rechtlichen Kanalisierung der Haftung auf den Betreiber einer Kernanlage », *VersR*, 1966, pp. 601-604 ; A. WARRIKOFF, « Soll Deutschland die Pariser Atomhaftungskonvention ratifizieren ? », *Atomwirtschaft-Atomtechnik* (atw), 1965, p. 129 référencés par J. KNETSCH, « Pour une réforme du droit de la responsabilité nucléaire », *op. cit.*, p. 151 et voy. également H. FISCHERHOF, « Essai d'une théorie juridique de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une installation nucléaire », *op. cit.*, pp. 111 et ss.

responsabilité exclusive de l'exploitant nucléaire en adoptant ce point de vue purement pragmatique, cela n'était pas le cas de l'école allemande¹²⁰³. Pour cette dernière, la canalisation juridique, envisagée sous le seul angle de l'opportunité, ne présentait aucun motif dogmatique valable. Motivée par des considérations « pseudo juridique et pseudo éthique », elle aurait signé « la fin de toute justice »¹²⁰⁴. À cela s'ajoutait l'argument selon lequel elle ne constituait nullement le seul moyen de maîtriser les dangers de l'énergie atomique. Les expériences de la canalisation *économique* avaient en effet témoigné de l'existence de procédés « qui entament moins le droit général dans ses œuvres vives »¹²⁰⁵. C'est pourquoi l'Allemagne, qui sera suivie ensuite par d'autres, a choisi de se réfugier dans une canalisation économique inspirée du *Price-Anderson Act*. Formulant une réserve aux articles pertinents des conventions, ces États ont laissé subsister, à côté de la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant, la responsabilité des architectes, ingénieurs, fournisseurs, et tout autre tiers, tout en obligeant l'exploitant à fournir une garantie financière. Ainsi, cette dernière prend bien souvent la forme d'une assurance couvrant la responsabilité de ces autres personnes¹²⁰⁶. Aboutissant par un détour complexe au même résultat que la canalisation juridique de la responsabilité, cette méthode d'assurance parapluie constituait en somme une manière d'accepter l'économie du système tout en doutant de son assise juridique, et tout en évitant la création d'un précédent incommode, en vertu duquel des personnes qui auraient commis une faute ne seraient pas responsables pour les dommages ainsi causés¹²⁰⁷.

La France, quant à elle, ne semble pas avoir rencontré de difficultés particulières à insérer le principe de canalisation dans sa législation. Cela n'a toutefois pas empêché certains de ses juristes de rechercher une justification théorique à ce dernier¹²⁰⁸. Sur le plan doctrinal, diverses théories ont été avancées. Si certains ont tenté de rapprocher la responsabilité exclusive de l'exploitant à la responsabilité du commettant de l'ancien article 1242 alinéa 5 du Code civil français¹²⁰⁹, d'autres ont préféré se référer à

¹²⁰³ Voy. notamment les propos de M. STEIN retranscrits par G. ERLER, « Rapport Général », *op. cit.*, p. 150 *contra* Harvard Law School/Atomic Industrial Forum (dir.), *International Problems of Financial Protection Against Nuclear Risk* (« Harvard Report »), *op. cit.*, p. 59 dans lequel il est explicite que les objections d'ordre doctrinal à la solution du principe de canalisation pourraient difficilement être retenues au moment où un nouveau régime légal crée des normes plus directement adaptées à la conjoncture sociale et économique nouvelle.

¹²⁰⁴ G. ERLER, « Rapport général », *op. cit.*, p. 148 rapportant les propos tenus à l'oral par Hans FISCHERHOF.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ Voy. *Convention de Paris* (2004), annexe, art. 6 (a) et (c) (i) : « Réserve du Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, du Gouvernement de la République d'Autriche et du Gouvernement de la République Hellénique : Réserve du droit de laisser subsister, par une disposition de la législation nationale, la responsabilité d'une personne autre que l'exploitant, à condition que cette personne soit entièrement couverte, même en cas d'action mal fondée, soit par une assurance ou une autre garantie financière obtenue par l'exploitant, soit au moyen des fonds publics ». Notons toutefois que l'Autriche n'a jamais ratifié l'instrument et que la canalisation juridique a existé en Autriche de 1964 à 1999 avant d'être supprimée par l'adoption de « [l']*Atomhaftungsgezet* ». D'autres États n'ont pas adhéré au principe de la canalisation juridique qu'ils soient membre ou non d'une Convention de RCN. Tel est le cas de l'Inde (uniquement partie à la Convention sur la réparation complémentaire) et de la Russie (partie à la Convention de Vienne).

¹²⁰⁷ Voy. J.-N. DEVRIENT, *La responsabilité civile et l'assurance à raison du risque nucléaire*, Genève, Tribune de Genève, 1964, p. 127 et P. STROHL, « Bilan de recherche », *op. cit.*, p. 140.

¹²⁰⁸ Voy. Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine du nucléaire*, *op. cit.*, pp. 264 et ss.

¹²⁰⁹ Voy. Y. DEMOURES, « La responsabilité de l'exploitant au regard de la réglementation française de la responsabilité civile », *op. cit.*, pp. 122-124 ; J. BARRY, *L'énergie nucléaire face au droit*, *op. cit.*, pp. 153 et ss ; M.-C. CAMIER, *Responsabilité et assurances du risque atomique dans les droits européens*, *op. cit.*, pp. 118 et ss. Les différences substantielles entre les fondements des deux responsabilités et leurs modalités ne suffisent pas à adhérer à cette théorie. En effet, quand la responsabilité du commettant se fonde sur la faute du préposé dans le cadre de ses fonctions, elle suppose également un lien de préposition. Des éléments que l'on ne retrouve pas dans le cas de la responsabilité de l'exploitant nucléaire.

la théorie de l'entreprise¹²¹⁰ ou de la garantie¹²¹¹. Enfin, mis de côté ceux ayant proclamé ce nouveau principe sans chercher à le justifier, d'aucuns n'ont pas hésité à lui donner une justification sociale¹²¹². Chacune de ces théories a pu apporter des éléments positifs quant à l'appréciation de la responsabilité exclusive, mais aucune d'elles n'était suffisamment étayée pour permettre de justifier réellement le principe de la canalisation¹²¹³. Dès lors, une fois admis que le fondement de ce principe réside dans la seule volonté des rédacteurs¹²¹⁴, sa justification semblait précédée de raisons pratiques confirmant la thèse de Geneviève VINEY : l'opportunité « d'assurer une seule personne qui sait d'avance que toutes les responsabilités pèsent sur elle » et le choix de recourir à celle ayant « la faculté d'assurance »¹²¹⁵.

290. Conclusion du §. La responsabilité *même sans faute* de l'exploitant nucléaire a constitué la première adaptation du régime de responsabilité civile nucléaire au caractère « fortuit » de l'accident nucléaire, et l'exclusivité de la responsabilité, un corollaire opportun (mais critiqué) et dépassant *in fine* cette seule préoccupation. Désormais, il convient donc d'envisager l'applicabilité de ces principes au risque nucléaire de fusion, et ce compte tenu du fait qu'un tel accident de fusion ne présenterait pas les mêmes spécificités qu'un accident de fission et, incidemment, que le contexte factuel et juridique dans lequel s'opère son développement s'avère quelque peu changé.

§ 2. L'incidence de l'accident de fusion sur le maintien d'une responsabilité *même sans faute* canalisée

291. Enjeux du débat. Lors des débats menés au sein du Comité de droit nucléaire de l'Agence pour l'Énergie nucléaire, il avait été soutenu que « les risques associés au processus de fusion [étant] d'un ordre de grandeur inférieur à ceux des réacteurs de fission », la couverture de telles installations par le régime de responsabilité civile nucléaire apparaissait peu opportune¹²¹⁶. Cette thèse pourra éventuellement trouver crédit lors de l'étude de certaines règles relatives aux spécificités de l'accident et dommages causés par les activités de fusion. Elle ne peut néanmoins se vérifier en ce qui concerne la nature de la responsabilité de l'exploitant nucléaire. En effet, si les conséquences dommageables résultant de la réalisation du risque nucléaire de fusion peuvent s'avérer moindres que celles connues jusqu'à aujourd'hui, « les réacteurs de fusion n'en représentent pas moins un risque radiologique réel »¹²¹⁷.

¹²¹⁰ Cette théorie, en vertu de laquelle l'obligation de réparer le préjudice doit être supportée par le patrimoine dans le cadre duquel l'acte générateur a été commis, est également le résultat de l'étude de Y. DEMOURES, « La responsabilité de l'exploitant au regard de la réglementation française de la responsabilité civile », *op. cit.*, pp.127 et ss et a rencontré l'opposition de Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine du nucléaire*, *op. cit.*, pp. 272 et ss.

¹²¹¹ Voy. M. PICARD, « La limitation de la responsabilité des dommages causés par l'énergie nucléaire », *op. cit.*, pp. 409 et ss. À différencier de la théorie de la garantie de Boris STARCK, cette théorie fonde la responsabilité de l'exploitant sur « la loi », autrement dit les textes nucléaires. Elle met en avant l'élément fondamental sur lequel le régime a été construit : assurer une réparation efficace et sûre aux victimes d'accidents nucléaires. Si l'on s'entendra *in fine* sur cette définition du fondement (voy. *infra* Partie II), on ne verra cependant là qu'une justification rejoignant celle qui avait été avancée initialement, c'est-à-dire factuelle et somme toute artificielle.

¹²¹² J. BARRY, *L'énergie nucléaire face au droit*, *op. cit.*, pp. 153,155 ; R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, pp. 511 et ss.

¹²¹³ Cette affirmation est sans préjudice des arguments de certains, qui avancé, plus tard, ont justifié le principe de canalisation par ce pouvoir de contrôle de l'exploitant sur l'installation pour justifier du principe de canalisation comme nous le verrons quelques pages plus loin.

¹²¹⁴ Tel est finalement le cas de la plupart des régimes spéciaux de responsabilité dont le fondement reste encore la volonté du législateur matérialisée par la règle de responsabilité comme évoqué *supra* note n°1162.

¹²¹⁵ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, p. 296.

¹²¹⁶ AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », *op. cit.*, § 12.

¹²¹⁷ AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », *op. cit.*, § 12.

292. Plan. Nonobstant ces risques réduits, il s'agira donc d'apprécier la mesure dans laquelle la survivance du caractère anonyme de l'accident et l'utilité de cette activité pourrait justifier de maintenir une responsabilité *même sans faute* de l'exploitant d'une installation de fusion (A.) et son exclusivité (B.).

A. L'adéquation de la responsabilité *même sans faute* à l'accident de fusion

293. Un régime limité au risque exceptionnel ? Si l'utilisation pacifique de l'énergie atomique « a légitimé l'édification d'un régime spécial de responsabilité sans que ne soit jamais discutée par personne l'opportunité d'une telle démarche, c'est bien évidemment en raison du caractère "exceptionnel" des risques qu'elle crée »¹²¹⁸. Le problème étant que les différentes interprétations que l'on pourrait donner au terme « exceptionnel » révèlent l'ambiguïté d'un mot dont d'aucuns prétendent faire le critère exclusif de la responsabilité *même sans faute*. Certains se référeront ainsi au caractère catastrophique et disproportionné de l'accident. D'autres s'en référeront davantage à la nature des préjudices causés. Enfin, dans l'un et l'autre cas, que l'on se réfère à l'ampleur de l'accident ou à la nature du dommage, c'est également sa rareté relative qui sera retenue. Si ces deux facteurs constituent donc la justification de la faveur faite aux victimes et la raison d'être du régime de responsabilité civile nucléaire, il nous faut les combattre.

294. Plan. Ainsi, après avoir démontré que la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant ne devrait pas être jugée relativement au caractère « catastrophique » de l'accident nucléaire (1.), nous reviendrons sur son applicabilité à la fusion nucléaire, c'est-à-dire la complexité et l'anonymat de la cause de l'accident nucléaire et son incertitude (2.).

1. L'indifférence du caractère catastrophique de l'accident

295. Plan. Le développement des activités technologiques et l'augmentation corrélative du risque d'accident majeur ont entraîné un changement de l'appréciation du droit régissant ces activités. La *catastrophe* s'étant substituée à l'*accident* (a.), il conviendra de combattre l'idée selon laquelle les régimes de responsabilité consacrant une responsabilité *même sans faute* des *exploitants* d'activité présentant un certain risque trouveraient à s'appliquer aux seuls événements de grande ampleur (b.).

a. Le glissement sémantique de l'accident vers la catastrophe

296. L'apparence de la normalité de la catastrophe. Selon Jean-Marc RAINAUD, « [l']approche classique ne permet pas d'appréhender le nucléaire : les menaces atteignent un degré jamais imaginé pour les autres dégradations »¹²¹⁹. Ces mots, formulés à l'égard du droit commun de la responsabilité, résument foncièrement le paradigme historique du risque nucléaire, et l'existence de ce lien pérenne entre l'ampleur de certains accidents et l'évolution des règles de la responsabilité civile. Ainsi, l'ampleur d'un événement dommageable et la gravité de ses conséquences sont certes des éléments fondamentaux de mesure dans l'adaptabilité des règles de la responsabilité aux faits. Mais, surtout,

¹²¹⁸ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielles*, op. cit. p. 219.

¹²¹⁹ J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, op. cit., p.24.

l'accent porté sur la démesure d'un fait dommageable est un thème récurrent de la pensée juridique concernant l'objectivisation de la responsabilité civile, qu'il s'agisse de la justifier ou de tenter de la restreindre¹²²⁰. Le glissement sémantique qui s'est opéré dans le discours juridique tendant à substituer la *catastrophe* à l'*accident* est témoin de cette évolution. Ainsi, alors que la catastrophe s'avérait traditionnellement associée à un événement, particulièrement dramatique d'origine naturelle, produit de la providence divine, elle apparaît aujourd'hui comme une conséquence du progrès de la science¹²²¹ au point de revêtir « l'apparence de la normalité antérieurement réservée à l'accident »¹²²². Plus encore, comme le souligne Tito BALLARINO,

« dans les différents milieux professionnels se dessine une tendance à définir la catastrophe ou, le cas échéant, à repousser une notion législative de celle-ci selon les nécessités à la branche d'activité poursuivie »¹²²³.

Et ce phénomène n'a pas épargné l'utilisation de l'énergie nucléaire, encore empreinte de l'usage militaire de l'énergie nucléaire symbolisé par la bombe atomique.

297. Un régime « d'exception » limité « aux risques de caractère exceptionnel »¹²²⁴. La responsabilité civile nucléaire constitue, du point de vue du droit international particulièrement, le modèle des droits régissant la *catastrophe*, les *dommages catastrophiques* ou encore *le risque technologique majeur*, des notions caractérisées par la même idée : celle de produire des conséquences d'une grande ampleur¹²²⁵. Or, c'est justement cette question « cynique »¹²²⁶ de l'ampleur, qui, tout en constituant « l'élément ultime et déterminant » de la catastrophe, qui lui donne son caractère « irrémédiablement flou, incertain, relatif [et] subjectif »¹²²⁷. Ainsi, le caractère catastrophique de l'événement est susceptible de biaiser l'appréciation de ceux qui chercheraient à appliquer le régime de responsabilité civile nucléaire aux installations de fusion, du moins en ce qui concerne la nature de la responsabilité de l'exploitant. En effet, comme le fait remarquer Charles LEBEN, bien que

« [l']on perçoit aisément que les catastrophes produisent des dommages graves, importants, exceptionnels et que n'importe quel phénomène ne peut être qualifié de catastrophique, du moins dans le cadre d'une discipline comme le droit qui ne peut supporter l'ambiguïté du langage courant »,

¹²²⁰ Voy. notamment B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2020, sp. pp. 194 et ss ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Paris, L'Harmattan, Paris, 2008, p. 435 ; R. SAVATIER, « Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile » in *Mélanges de droits, d'histoire et d'économie offerts à Marcel Larborede-Lacoste*, Bordeaux, Bière, 1963, pp. 333-335 ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, Paris, LGDJ, 2008, 414 p. ou encore G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., p. 295 rappelant que « [l']abandon de la faute est commandé par la disproportion évidente existant entre le léger manquement que représente la faute civile et l'écrasante dette encourue ainsi que par l'impossibilité morale de laisser sans compensation les victimes des catastrophes éventuelles causées par une telle activité ».

¹²²¹ Voy. pour une approche commune des catastrophes industrielles et naturelles la thèse de C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit.

¹²²² Voy. J.-P. DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé*, Paris, Seuil, 2002, pp. 84-85.

¹²²³ T. BALLARINO, « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », *RCADI*, vol. 220, p. 300.

¹²²⁴ *Exposé des motifs* (1982), p. 2, § 7 ; *Exposé des motifs* (2004), p. 6, § 13 : « la Convention [de Paris] institue un régime d'exception et son objet se limite aux risques de caractère exceptionnel ».

¹²²⁵ Voy. C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 105 et ss ; *La réparation des dommages catastrophiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 579 p. ; R.-E. CHARLIER, « Questions juridiques soulevées par l'évolution de la science atomique », op. cit., pp. 217-244 ; A. S. MILLET, *L'invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, op. cit., p. 332 ou encore G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., p. 295 suscitée.

¹²²⁶ C. LIEHNARD, « Pour un droit des catastrophes », *D.* 1991, p. 95.

¹²²⁷ C. LEBEN, D. CARON, *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 24.

il y a « incontestablement un élément de seuil à prendre en compte »¹²²⁸. C'est ainsi que le choix du groupe d'experts ayant travaillé sur les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles s'est porté sur un critère lié aux conséquences découlant du franchissement du seuil sans chercher à caractériser ni sa nature ni ses paramètres quantitatifs : un événement constitue une catastrophe lorsqu'il appelle à une mobilisation solidaire de la communauté nationale ou internationale¹²²⁹. Pour citer un second exemple, le droit français, quant à lui, a pu définir le seuil de l'ampleur de la catastrophe, à travers la notion d'*accident collectif*, sur le critère du « grand nombre de victimes »¹²³⁰. Le décret faisant application de la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention et l'indemnisation des risques technologiques identifie ainsi « la catastrophe technologique » à un seuil de 500 logements inhabitables¹²³¹. Dans la même optique, le projet du Groupe CATALA qui proposait la création d'un nouveau cas de responsabilité *même sans faute* pour les professionnels exploitant une activité anormalement dangereuse avait considéré que ce dernier ne devrait s'appliquer qu'aux activités créant un risque de dommage grave « pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément »¹²³². À l'aune de l'une ou l'autre de ces définitions, il ne fait effectivement aucun doute que les accidents majeurs de Tchernobyl et de Fukushima aient pu constituer un « dommage catastrophique ». Il ne fait aucun doute que bien des règles du régime de responsabilité civile nucléaire qui seront étudiées *infra* se sont trouvées justifiées par ce besoin de réceptionner ces accidents de grande ampleur. Mais *quid* de celles liées à la nature de la responsabilité de l'exploitant et de leur applicabilité à un accident issu de l'exploitation de la fusion nucléaire ?

b. L'absence supposée d'accident « catastrophique » en matière de fusion nucléaire

298. L'influence affirmée de l'ampleur sur la responsabilité même sans faute de l'exploitant. Le risque radiologique associé à la fusion nucléaire, bien que réel, serait de bien moindre ampleur que celui associé aux installations de fission. Pour certains, opposés à l'application du régime de responsabilité civile nucléaire aux installations de fusion, il serait comparable, voire inférieur, à celui encouru par certaines sources radioactives utilisées en radiothérapie, c'est-à-dire à des sources non couvertes par le régime conventionnel¹²³³. En adhérant à cette comparaison de risque, l'accident survenant sur une installation de fusion ne serait donc *a priori* que d'une ampleur égale à certains accidents de radiothérapies¹²³⁴. Suivant ce paradigme selon lequel l'ampleur du dommage influencerait

¹²²⁸ C. LEBEN, D. CARON, *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, op. cit., p. 24.

¹²²⁹ Voy. C. LEBEN, D. CARON, *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, op. cit., p. 20 ; T. BALLARINO, J. VERHOEVEN, J. et autres, *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 8.

¹²³⁰ Ministère de la justice, *La prise en charge des victimes d'accidents collectifs, guide méthodologique à l'usage des acteurs de terrain*, novembre 2017 disponible sur http://www.justice.gouv.fr/publication/guide_methodo_accidents_collectifs_291117.pdf

¹²³¹ Voy. Code des assurances, art. 128-1 institué par le Décret n°2005-1466 du 28 novembre 2005 sur l'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques et modifiant le code des assurances., JO, n°278, 30 novembre 2005, texte n°11 et sur la loi du 30 juillet 2003 voy. *supra* Introduction, § 23.

¹²³² Voy. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2005, Paris, La Documentation française, 2006, art. 1372 et sur ce projet *infra* Partie II.

¹²³³ Voy. AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », op. cit., § 12.

¹²³⁴ À moins qu'ils ne révèlent les mêmes caractéristiques que certains accidents sériels de radiothérapie ayant pu être assimilées à des catastrophes nationales et traitées comme telles de Goiânia au Brésil, surnommé « Gyianobyl » en référence à la catastrophe de Tchernobyl, ou encore des accidents français survenu au centre hospitalier Jean-Monnet d'Épinal et au centre hospitalier Rangueil de Toulouse. Voy. sur le traitement de ces accidents médicaux L. JAEGER, *Nucléaire et Santé : recherche sur la relation entre le droit nucléaire et le droit de la santé*, thèse, Aix-en-Provence, 2014, pp. 329 et ss.

sur la nature de la responsabilité civile, l'applicabilité du principe de responsabilité *même sans faute* de l'exploitant d'une installation de fusion serait ainsi mise en péril. Il ferait effectivement écho à l'opinion de ceux qui, aux prémices du régime de responsabilité civile nucléaire, considéraient que les risques mineurs devaient demeurer sous l'empire de la loi et de la jurisprudence classique, c'est-à-dire principalement la responsabilité basée sur la faute ou la négligence¹²³⁵. Certainement, il serait alors tentant de croire que les rédacteurs des conventions aient adhéré à cette thèse dès lors qu'ils ont exclu du champ d'application des conventions certaines installations « dans lesquelles se trouvent de faibles quantités de matières fissiles » ou l'utilisation de certains radio-isotopes parce « [qu']il n'y a guère de possibilité de catastrophe » et « [qu']aucun problème particulier de responsabilité civile ne se pose donc et [que] le régime de droit commun peut être maintenu »¹²³⁶.

299. L'indifférence de l'ampleur sur la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant. Cette opinion n'est cependant pas fondée. Ce n'est pas tant de constater que dans la plupart des faits nucléaires dommageables, la faute ou la négligence de l'agent est difficile à prouver, voire qu'elle est potentiellement inexistante¹²³⁷. Ce n'est pas tant de constater également que le principe de la responsabilité *même sans faute*, qui trouve sa source dans les droits internes, est loin de constituer la particularité novatrice de ce régime et a pu s'appliquer à des situations bien plus courantes que la poursuite d'activités de fusion. Doit-on rappeler le libéralisme de la Cour de cassation française concernant la responsabilité du fait des choses au début des années 2000, et mesurer le risque de fusion à celui d'une boîte aux lettres¹²³⁸ ? Un tel argument reviendrait à nier l'avantage de ce régime et l'inaptitude précédemment constatée des régimes de responsabilité *même sans faute* de droit commun à réceptionner ces dommages à des conditions aussi avantageuses. Simplement, se joindre à cette opinion reviendrait à faire fi de la justification première du choix d'une responsabilité *même sans faute* de l'exploitant nucléaire : la complexité atomique. Qu'il ait été affirmé la propension des conventions à couvrir « les risques de caractère exceptionnel » n'a en effet jamais emporté qu'il soit fait de distinctions entre les accidents graves et négligeables. Les définitions conventionnelles de l'*accident nucléaire* n'ont jamais inclus un tel critère d'ampleur¹²³⁹. Aussi, les exclusions opérées par les conventions se sont toujours rapportées aux mécanismes technologiques dont l'exploitation pouvait entraîner la survenance dudit accident et à ses potentialités, plus qu'aux caractéristiques réelles et concrètes de l'accident réalisé. Raisonner à l'inverse aurait d'ailleurs nuit à toute l'effectivité de ce

¹²³⁵ C'est-à-dire ceux ne pouvant atteindre le niveau d'une catastrophe notamment parce qu'ils étaient liés à l'utilisation de radio-isotopes et de déchets radioactifs ou encore ceux pouvant résulter de l'utilisation de réacteurs de recherches : voy. T. MELESCANU, *La responsabilité pour les dommages nucléaire*, op. cit., p. 19.

¹²³⁶ *Exposé des motifs* (1982), pp. 2-3, §§ 9-10 ; *Exposé des motifs* (2004), pp. 10-11, § 20. Si ces risques sont également exclus de la Convention de Vienne, les textes explicatifs ne sont pas aussi évocateurs. Ces exclusions pourront néanmoins être déduite de l'étude du champ d'application opérée *supra* Titre I, Chapitre préliminaire et Chapitre 1.

¹²³⁷ Voy. J.P.H. TREVOR, « Principles of Civil Liability for Nuclear Damage », op. cit., p. 109.

¹²³⁸ Voy. Cass. Civ. 2, 25 octobre 2001, n°99-21.616, *Bull. civ. II*, n°162, p. 110.

¹²³⁹ Voy. *Exposé des motifs* (2004), p. 7, §15 : « cette définition [accident nucléaire] ne fonde pas uniquement la notion d'accident nucléaire sur un fait accidentel ou exceptionnel, mais sur tout fait causant des dommages nucléaires [...] [l'accident nucléaire] recouvre également les dommages nucléaires causés par une succession de faits ayant la même origine. Une telle succession correspond à des faits qui se produisent sur une certaine période de temps. Ainsi, par exemple, une émission incontrôlée de rayonnements s'étendant sur une certaine période de temps et qui cause des dommages nucléaires est considérée comme un seul accident nucléaire, si elle a pour cause un phénomène unique, alors même qu'il y aurait eu une interruption dans l'émission de radioactivité ». Aussi, la classification que l'on peut connaître entre accident mineur et majeur est purement doctrinale.

régime proactif en le cantonnant à une logique *ex post* qui, plus que de s'intéresser au fait générateur se serait orientée sur les conséquences casuistiques de la responsabilité, quand il est déjà suffisamment reproché au droit de la responsabilité de ne plus « s'intéresser qu'aux résultats [...] au lieu de remonter à ses causes »¹²⁴⁰. D'autant plus, cela aurait relancé la question de la détermination du seuil à retenir, lequel a été l'objet de vives critiques à l'encontre du projet CATALA évoqué ci-dessus¹²⁴¹. Enfin, la solution serait apparue « manifestement arbitraire et inéquitable » dès lors qu'elle aurait « privé[e] les “petites victimes” des avantages d'un système réparatoire conçu pour les grands sinistrés »¹²⁴². Dès lors, l'élément déterminant ne réside pas dans l'ampleur de l'évènement dommageable, mais dans le rattachement de celui-ci à l'activité « ultra-hasardeuse »¹²⁴³ que régit le régime conventionnel ; cela quand bien même ledit accident n'aurait « occasionné que la mort d'une vache ! »¹²⁴⁴. Ainsi, puisqu'un évènement de faible ampleur ne doit pas faire obstacle à la qualification de l'activité le provoquant comme étant une activité à risque, c'est relativement à la complexité des techniques atomiques qu'il faut rechercher la justification du maintien de la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant d'une installation de fusion.

2. La pertinence du caractère complexe et incertain des causes de l'accident

300. La survivance du caractère anonyme de l'accident. En 1961, Paul REUTER écrivait que « [t]ant que l'on est dans une période de tâtonnements et d'expérimentation, en présence de techniques nouvelles, il semble difficile de fonder une responsabilité, si l'on veut qu'elle existe, sur une autre base que la causalité »¹²⁴⁵. Il ne fait aucun doute que ces mots, à l'heure d'une révolution technologique dont on peinait à saisir la portée, s'avèrent, au regard du développement de la fusion nucléaire, d'une actualité saisissante. Cette énergie n'en est qu'à ses balbutiements et son utilisation relève de ces « engins » construits par les « savants » qui « doivent travailler en vase clos, sans aucune possibilité d'intervention humaine, ceci pendant des années grâce à des manœuvres automatiquement commandées par des réacteurs électrochimiques »¹²⁴⁶. Or, ces derniers, à l'image de l'homme créateur, restent faillibles. En dépit de la garantie des plus éminents savants, la technique moderne engendre des risques qui ne peuvent être entièrement éliminés, quand bien même toutes les précautions envisageables auraient été prises. Les activités de fusion constituent justement l'un de ces risques émergents par cette caractéristique (supplémentaire) de ne pouvoir encore être véritablement

¹²⁴⁰ Tel est du moins le cas en droit français : voy. R. SAVATIER, *D.* 66, chron., p. 149.

¹²⁴¹ Voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

¹²⁴² Voy. P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origines catastrophiques et industrielles*, *op. cit.*, p. 221 et dans le même sens C. LIEHNARD, « Pour un droit des catastrophes », *op. cit.*, p. 95, pour qui « [l]a question se pose de la manière suivante : à partir de quand se trouve-t-on, en fonction du nombre des victimes, face à une catastrophe ? L'interrogation peut paraître cynique ou dérisoire, elle mérite néanmoins d'être abordée. Car de la réponse apportée dépend l'efficacité de la mise en œuvre des mécanismes spécifiques. Sous l'angle purement mathématique, le collectif commence à deux. On pourrait aussi songer au nombre de victimes permettant de créer une association de défense, c'est-à-dire sept. Il nous semble néanmoins prématuré, à ce stade, de trancher la question [...] La réponse nous sera donnée par l'analyse des retours d'expériences, tout laisse à penser qu'elle sera plus sociologique que juridique ». Nous soulignons.

¹²⁴³ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origines catastrophiques et industrielles*, *op. cit.*, p. 221

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 221. L'auteur rappelle ainsi le cas d'une chute d'un morceau de satellite américain qui n'avait occasionné que la mort d'une vache, alors que le régime, en partie inspiré du régime de responsabilité civile nucléaire, et sur lequel il nous sera donné de revenir, était prévu pour les dommages catastrophiques.

¹²⁴⁵ P. REUTER, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961, p. 494.

¹²⁴⁶ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p.9

appréhendées¹²⁴⁷. Elles font montre de certaines incertitudes qui, bien qu'étant différentes d'un point de vue qualitatif ou quantitatif, ramènent à celles auxquelles l'énergie de fission avait confronté les juristes contraints de révéler un changement d'attitude¹²⁴⁸. Elles les ramènent dans un contexte où il conviendrait, pour l'établissement des responsabilités, de rester relativement indifférent à l'influence du facteur humain; cela quand bien même serait contesté le caractère opératoire de la notion de dommage « *inherently accidental* » au sens où il ne relèverait pas d'un facteur humain¹²⁴⁹. Parce que le fait de l'homme, fût-il fautif, ne pourra de toute façon être établi qu'*a posteriori* – et cela si tant est qu'il ne fasse pas l'objet de contestation entre experts –, l'incertitude qui entoure non seulement la probabilité d'occurrence d'un accident de fusion, mais également l'identification abstruse de ses causes au regard de ce phénomène complexe et expérimental, devraient se coupler avec la volonté de ne pas laisser les victimes d'un tel événement dommage être privées d'une réparation, et ce indépendamment de son ampleur¹²⁵⁰.

En définitive, la prudence devrait donc commander que dans l'intérêt des victimes, la réponse juridique adéquate soit la responsabilité *même sans faute*. Dès lors, il ne paraît aucune raison d'objecter à l'application du régime de responsabilité civile nucléaire sur ce point. À bien y regarder, il faudra d'ailleurs concéder le sentiment d'évidence relatif à la nature *même sans faute* de la responsabilité de l'exploitant tant le principe a « pénétré d'une manière générale la conscience de tous les milieux juridiques »¹²⁵¹. Ce principe constitue en effet aujourd'hui le « point nodal »¹²⁵² de nombreux régimes destinés à réceptionner les dommages causés par l'exploitation d'activités présentant un certain risque tant au niveau international, qu'europpéen ou national. Cela étant, cette approche se trouverait aujourd'hui contestée en raison de l'impossibilité d'en trouver une justification profonde au-delà de considérations économiques ou d'équité dont d'aucuns ont douté¹²⁵³. Pour ces raisons, il s'agit ici d'affirmer l'adéquation de la nature *même sans faute* de l'exploitant nucléaire telle que posée par le régime de responsabilité civile nucléaire à l'exploitation de la fusion – et même l'adéquation et la nécessité plurifactorielle de la responsabilité *même sans faute* dans ce domaine¹²⁵⁴. Mais cela ne doit pas préjuger de la conviction que nous emportons à ces justifications, lesquelles relèvent d'un autre temps

¹²⁴⁷ Voy. G. LAVAL (dir.), *La fusion nucléaire : de la recherche fondamentale à la production d'énergie*, op. cit., p. 205 : « la mise en application de la méthode [dite "étude probabiliste de sûreté"], dans l'analyse de sûreté des installations de fusion, sera certainement réduite pendant les quelques années à venir à cause de l'absence d'un retour d'expérience suffisant en ce qui concerne le fonctionnement de ce type de réacteur ».

¹²⁴⁸ Les différences qualitatives et quantitatives du risque de fusion innervent l'entièreté du raisonnement.

¹²⁴⁹ Voy. P.-M. DUPUY, « Droit international public » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 232 faisant le constat déjà évoqué *supra* selon lequel « l'accident révèle beaucoup plus la cause qu'il ne l'évince ».

¹²⁵⁰ Voy. L. MAZEAU, « L'imputation de la responsabilité civile en contexte d'incertitude scientifique et technologique », *CDST*, 2014-4, p. 155.

¹²⁵¹ H. FISCHERHOF, « Essai d'une théorie juridique de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une installation nucléaire », op. cit., p. 117.

¹²⁵² L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 108

¹²⁵³ Ces critiques renvoient de nouveau aux critiques qui ont été avancées à l'encontre de la théorie du risque et dont la Partie II de cette thèse se fera l'écho : voy. pour exemple M. RÉMOND-GOULLAUD, « Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science », *La vie des sciences*, vol. 10, 1993, p. 343 pour qui « la théorie du risque, fiction au service de la société industrielle, a vaillamment rempli son rôle [...] [elle] aura bientôt fait son temps [...] notre société en quête d'éthique [...] a besoin que les responsables soient les coupables [...] la faute, le ressort naturel de la responsabilité humaine, reprend ses droits ».

¹²⁵⁴ Si c'est le seul intérêt pour les victimes qui guide le présent propos, il ne faudra effectivement pas nier l'apport non négligeable d'une telle responsabilité sur une éventuelle fonction préventive de la responsabilité. Cette fonction de la règle de responsabilité, qui fera l'objet de développements en *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1 a été généralement éludée des considérations relatives au régime de responsabilité civile nucléaire. Elle n'a ainsi été que trop rarement explicitement évoquée à l'appui de la nature la responsabilité même sans faute de l'exploitant, c'est-à-dire indépendamment des critiques qu'elle a provoqué dans le cadre de la responsabilité exclusive comme il le sera vu juste ci-dessous. Pour une rare référence voy. AEN, *Responsabilité et réparation des dommages nucléaires, une perspective internationale*, op. cit., p. 25.

de l'étude. Pour ce qui nous intéresse présentement, il s'agira surtout d'envisager l'applicabilité aux activités de fusion du corollaire de la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire : celle de son exclusivité.

B. L'adaptation de la responsabilité exclusive à l'accident de fusion

301. Les enjeux de la responsabilité exclusive. Justifier du maintien du principe de canalisation n'est pas aisé tant, comme cela a été exposé précédemment, la consécration de la responsabilité exclusive de l'exploitant a reposé sur des considérations pratiques. Certes, de telles limites sont également présentées à l'endroit de la responsabilité *même sans faute* et ne se sont pas opposées à son application aux activités de fusion. La différence réside cependant dans le fait qu'en dépit des critiques avancées à l'encontre de la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant, elle paraît et nous paraîtra toujours constituer la solution la plus satisfaisante en ce domaine, et quand bien même on pourrait lui trouver une justification plus satisfaisante. Pour le principe de canalisation, il en va autrement.

302. Plan. Avec un recul d'un demi-siècle, un questionnement sur le maintien de cette singularité se justifie. D'un côté, l'essor de l'industrie nucléaire et la solidité des partenariats commerciaux plaideraient, en effet, pour un abandon de ce principe (1.). De l'autre côté, le développement embryonnaire de la fusion nucléaire en expliquerait une application anachronique (2.).

1. Les critiques contemporaines à l'encontre de la responsabilité exclusive

303. L'importance du contexte économique et social. Aux balbutiements de l'énergie atomique, et au-delà de son avantage pour les victimes, l'exclusivité de la responsabilité de l'exploitant nucléaire se justifiait par un besoin d'encourager le développement de cette nouvelle industrie et d'éviter une pyramide des coûts assurantiels. Cependant « *nuclear law has grown out of its infancy* »¹²⁵⁵. Tandis que les arguments en vertu desquels le risque nucléaire commandait une telle dérogation s'avéraient recevables dans les années 1950, la question est de savoir s'ils le demeurent aujourd'hui. S'il paraît justifié qu'une industrie nouvelle puisse nécessiter une aide au démarrage (*start-up aid*), il est effectivement plus contestable que le maintien de cette dernière ait été justifié pendant plus d'un demi-siècle¹²⁵⁶. Aussi, autant en doctrine, qu'au sein des autorités étatiques, le principe de canalisation s'est vu doucement remettre en cause par ceux qui, initialement, y avaient adhéré. Plusieurs États, non liés par les conventions de Paris et de Vienne, ont abandonné la règle de la canalisation juridique pour revenir à un régime de responsabilité plus proche du droit commun. Tel fut le cas de l'Autriche dont la législation nationale, comme énoncé *supra*, a été réformée en 1998¹²⁵⁷ ou encore, pour sortir du cadre européen, de l'Inde où l'industrie nucléaire est actuellement en plein essor. Dans ce dernier État, une loi de 2010 a octroyé aux exploitants d'une installation nucléaire le droit de se retourner contre leurs

¹²⁵⁵ E. AMEYE, "Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator", *op. cit.*, p. 43.

¹²⁵⁶ Voy. E. AMEYE, "Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator", *op. cit.*, pp. 43-44.

¹²⁵⁷ Voy. *Bundesgesetz über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch Radioaktivität (Atonhaftungsgezet)*, 1999, BGBlI Nr.170/199 ; M. HINTEREGGER, « La nouvelle loi autrichienne sur la responsabilité civile pour les dommages nucléaires », *BDN*, vol. 62, 1998/2, p. 27-34 ; W. GEHR, « La question de la responsabilité exclusive — La réponse de l'Autriche » in AEN/OCDE, *La réforme de la responsabilité civile nucléaire — Symposium de Budapest*, *op. cit.*, pp. 463-474.

fournisseurs pour récupérer tout ou partie des compensations versées aux victimes, et ce dans le but de responsabiliser l'ensemble du secteur nucléaire, y compris les cocontractants étrangers¹²⁵⁸. Cette idée de *responsabilisation* est liée à l'idée selon laquelle la responsabilité devrait avoir une fonction préventive ou à tout le moins dissuasive¹²⁵⁹.

304. Plan. Elle constitue ainsi le motif premier en faveur de l'abandon du principe avancé par les spécialistes de la matière (a.), lequel est ensuite appuyé par une remise en cause des considérations ayant accompagné son institution (b.).

a. *Une volonté de responsabilisation des acteurs du secteur nucléaire*

305. Une responsabilisation confortée par l'accident de Fukushima. Parce qu'il n'existerait pas d'accident *inherently accidental*, l'inertie du principe de canalisation affaiblirait *in fine* le potentiel d'un régime de responsabilité civile, dès lors qu'il faillirait à établir les bonnes incitations¹²⁶⁰. L'accident de Fukushima en est d'ailleurs un exemple plus ou moins révélateur. Il est effectivement aujourd'hui admis que le placement des générateurs de secours servant à éviter la fusion du cœur du réacteur dans le sous-sol de la centrale les avait rendus vulnérables au tsunami¹²⁶¹. La *General Electric*, concepteur de la centrale aurait été explicitement avertie de cette faiblesse et des conséquences potentiellement dévastatrices qui pourraient en découler¹²⁶². Pour certains auteurs, le placement inapproprié des dits générateurs pouvait donc être appréhendé comme un acte de négligence de la part du concepteur de la centrale et donc un acte suffisant à mettre en évidence les faiblesses et les inconvénients du principe de canalisation¹²⁶³. Cela à plus forte raison que le secteur de l'énergie nucléaire ayant évolué, le niveau de sophistication de certains réacteurs a rendu plus difficile la compréhension et la maîtrise de leur fonctionnement par l'exploitant.

¹²⁵⁸ *Civil Liability for Nuclear Damage Bill*, sect. 17. Sur ce texte, voy A. HARIHARAN, "India's Nuclear Civil Liability Bill and Supplier's Liability: One Step Towards Modernizing the Outdated International Nuclear Liability Regime", *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, vol. 36, 2011, pp. 243 et ss ; R.J. GRUENDEL, E. REYNAERS KINI, « De l'autre côté du miroir : le nouveau régime indien de responsabilité civile nucléaire vu dans son contexte », *BDN*, vol. 89, 2012/1, pp. 51 et ss.

¹²⁵⁹ Voy. sur ces distinctions et sur l'étude de cette fonction *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1. A ce stade, il s'agira simplement de rappeler l'idée selon laquelle la responsabilité en imputant une charge de réparation dans le patrimoine des responsables auraient de tout temps exercer une fonction dissuasive, et ainsi réguler ce que André TUNC désignait comme des « comportement antisociaux ». C'est ce que suppose l'emploi du terme « responsabilisation », bien qu'il soit sujet à débat : voy. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, sp. p. 16 : « traditionnellement, la responsabilité, permet dans la mesure du possible, de prévenir la réalisation de dommages [...] il est donc superflu et laid d'employer le néologisme récent de responsabilisation ».

¹²⁶⁰ Voy. T. HELDT, *A European Legal Framework for Nuclear Liability. Rethinking Current Approaches*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp.141 et ss ; M. TREBILCOCK, R. A. WINTER, "The Economics of Nuclear Accident Law", *IRLE*, 17, 1997, pp. 215-243 et T. VANDENBORRE, « Transplantatie van "kanalisatie van aansprakelijkheid" van het kernenergierecht naar het milieu (aansprakelijkheids-) recht : een goede of een gebrekkige zaak? » in M. FAURE, K. DEKETEKAERE (dir.), *Ius Commune en Milieurecht, Actualia Milieurecht in België en Nederland*, 1997, pp. 319-382 référencé par M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, Paris, Ed. OCDE, 2003, p. 153, note 370. Cette critique est également visible dans le secteur des hydrocarbures au sujet duquel l'inertie du principe a été pointée du doigt par la Commission européenne elle-même : voy. *Avis du Comité économique et social européen sur la "Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions, notamment pénales, en cas d'infractions de pollution*, COM (2003)92 final, p. 6. Il faut toutefois apporter cette nuance que dans le cadre de ce dernier régime, la canalisation est comme nous l'avons indiqué précédemment moins "pure" que dans le cadre du régime de responsabilité, et que le problème provient principalement du fait qu'elle se trouve orientée sur le propriétaire du navire, c'est-à-dire sur celui qui n'en a pas nécessairement les commandes : voy. K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, *op. cit.*, sp. pp. 130 et ss.

¹²⁶¹ J. M. RAMSEYER, "Why Power Companies Build Nuclear Reactors on Fault Lines: The Case of Japan", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 13, 2012, p. 476.

¹²⁶² Voy. T. HELDT, *A European Legal Framework for Nuclear Liability. Rethinking Current Approaches*, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁶³ Voy. M.G. FAURE, J. LIU, "The Tsunami of March 2011 and the Subsequent Nuclear Incident at Fukushima: Who Compensates the Victims?", *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, vol. 37, 2012, p. 203.

306. Une responsabilisation appuyée par la complexification de la technologie. Pour Evelyn AMEYE, la complexité croissante de la technologie nucléaire devrait ainsi autoriser à remettre en cause l'exclusivité de la responsabilité de l'exploitant. Quand bien même l'exploitant ne se trouverait pas exempté de posséder les connaissances générales entourant la conception de l'installation qu'il exploite, l'herméticité susceptible d'entourer ladite conception rendrait le principe de canalisation difficile à supporter. L'exploitant ne se trouverait alors pas en mesure de connaître ou de percevoir les risques encourus¹²⁶⁴. À cette première évolution du secteur nucléaire, il s'ajouterait un second élément mutatif tenant à la durée de vie croissante des réacteurs nucléaires. La durée de vie maximale d'un réacteur nucléaire se voit en effet déterminée par la durée de la licence d'exploitation de ce dernier. Celle-ci est généralement fixée non pas sur la base de considérations techniques, mais en tenant compte de critères économiques. Un réacteur atteindrait ainsi sa durée de vie maximale dès lors que la valeur de ses bénéfices d'exploitations futurs se révélerait inférieure au coût de son démantèlement¹²⁶⁵. Ainsi, les nombreuses centrales nucléaires actuellement en activité, et entrées en service dans les années 1970, ont été conçues avec un objectif initial de fonctionnement d'une quarantaine d'années maximum. Pourtant, dans les années 2000, alors que cette échéance approchait, la question relative à la prolongation de leur durée de vie a suscité beaucoup d'intérêt, et certains États y ont vu des avantages aussi bien économiques qu'environnementaux¹²⁶⁶. En parallèle, le secteur du nucléaire a également assisté au développement des réacteurs de nouvelles générations à la durée de vie plus longue. Le problème étant ainsi que la prolongation de la durée d'exploitation des centrales nucléaires doit contraster avec la vitesse à laquelle les technologies évoluent dans la société actuelle¹²⁶⁷. Pour maintenir un niveau de sûreté et d'efficacité suffisant, ces réacteurs nécessiteront une intervention récurrente des concepteurs. Cette intervention sera susceptible d'entraîner une implication majeure du concepteur tout au long de la vie du réacteur et donc de modifier à terme la relation entre celui-ci et l'exploitant. Combiné à la complexification croissante de cette technologie, ces nouvelles relations posent donc de nouveaux défis eu égard aux statuts, aux fonctions, à l'organisation du travail, et ces nouveaux enjeux justifieraient que soit instauré un partage de responsabilités entre ces différents acteurs¹²⁶⁸.

Somme toute, guidés par l'ensemble de ces considérations et par le constat selon lequel les accidents nucléaires ont peu ou prou toujours été le fruit de ce manque de considération pour l'interaction existante, d'une part, entre la conception et l'exploitation et, d'autre part, entre les composants technologiques et les facteurs humains du système, certains en appellent à un report de la responsabilité exclusive de l'exploitant et à la mise en place d'incitations directes. Cette idée

¹²⁶⁴ Voy. E. AMEYE, "Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator", *op. cit.*, pp. 44-46.

¹²⁶⁵ Voy. J. RUST, G. ROTHWELL, "On the Optimal Lifetime of Nuclear Power Plants", *JBES*, vol. 15, 1997, pp. 195-208.

¹²⁶⁶ Voy. AEN, *Gestion et prolongation de la durée de vie des centrales nucléaires*, Paris, Ed. OCDE, 2006 ; M. VARESCON, « La durée de fonctionnement des centrales nucléaires après 40 ans : quels enjeux pour l'industrie nucléaire ? » in J.-M. PONTIER, E. ROUX, L. JAEGER (dirs), *Droit nucléaire, L'industrie du nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018, pp. 107-120.

¹²⁶⁷ Voy. Nuclear Energy Research Advisory Committee (NERAC), *Long-term Nuclear Technology Research and Development Plan*, June 2000.

¹²⁶⁸ E. AMEYE, "Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator", *op. cit.*, pp. 46 et ss.

semblerait d'autant plus appuyée par une remise en cause des considérations ayant initialement motivé le principe de canalisation.

b. Une remise en cause de ses justifications initiales

307. Les considérations liées aux victimes. Initialement, deux motifs principaux ont guidé la consécration de la responsabilité exclusive de l'exploitant, parmi lesquels l'un visait à mettre en avant la faveur qu'il aurait accordée aux victimes. Aujourd'hui, ce principe semble également remis en cause. S'il est indéniable que l'identification du responsable se trouvera toujours facilitée par la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant, l'application de ce principe a néanmoins pour conséquence de montrer un affaiblissement des fonctions de la responsabilité, du moins de celles qui prennent en considération le besoin cathartique des victimes¹²⁶⁹. Alors que ces dernières se trouvent aujourd'hui dans la possibilité de faire appel à des avocats spécialisés, certes coûteux¹²⁷⁰, mais néanmoins susceptibles de les orienter aux mieux¹²⁷¹, ce principe ne justifierait plus la privation qui leur est faite de pouvoir exercer leur action à l'encontre de celui qu'elles identifieront comme le véritable responsable de leurs maux, sauf à réveiller une dérive vindicative. Certes, ce phénomène n'est pas propre aux événements nucléaires et constitue, du moins en France, l'un des enjeux contemporains du droit de la responsabilité¹²⁷². Il pourrait d'autant plus s'observer dans ce domaine, s'étant même déjà réalisé dans le cadre de l'accident de Fukushima. Suivant l'hypothèse selon laquelle cet accident aurait résulté d'un acte de négligence de la part du concepteur de la centrale, un groupe d'environ quatre mille personnes avait intenté un recours contre les trois compagnies qui ont conçu et construit les réacteurs devant le Tribunal du district de Tokyo. Parmi les objectifs principaux de ce recours, organisé sous l'égide de l'association *No Nukes Asia Actions*, se trouvait l'abolition de l'*Act on Compensation for Nuclear Damage* : une loi que ces victimes jugeaient inacceptable, et inconstitutionnelle, du fait de « l'immunité » qu'elle procurait aux fournisseurs. Déboutés de leurs demandes, c'est sans surprise vers l'État que se sont alors orientées leurs revendications. En dépit du principe de canalisation, l'État japonais a été reconnu responsable en raison de sa négligence fautive dans le contrôle et la surveillance de l'installation¹²⁷³. La décision a ainsi constitué un signal fort envoyé au public dès lors qu'elle permettait d'opérer tout de même une redistribution du risque.

¹²⁶⁹ Notamment pour ce qui concerne sa fonction cathartique, laquelle fera, de la même manière que la fonction préventive, l'objet de développement *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2.

¹²⁷⁰ Voy. T. VANDEN BORRE, "Channeling of Liability: a Few Juridical and Economic Views on an Inadequate Legal Construction", *op. cit.*, p. 29.

¹²⁷¹ Voy. E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, *op. cit.*, p. 320 ; E. AMEYE, "Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator", *op. cit.*, p. 37 et également mutatis mutandis valable E. RØSÆG, "The impact of insurance practices on liability conventions" in *Legislative Approaches in Maritime Law, Legislative approaches in maritime law : proceedings from the European Colloquium on Maritime Law*, Oslo, Sjørettsfondet, 2001, p. 19.

¹²⁷² Voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2.

¹²⁷³ En 2017, les tribunaux japonais ont pour la première fois reconnue, sur le fondement du *State Redress Act*, et en dépit du principe de canalisation, la responsabilité du gouvernement pour l'accident de Fukushima en raison de son inaction à obliger TEPCO à prendre les mesures de prévention requises. Pour les tribunaux, la fusion du cœur du réacteur aurait pu être évitée si le gouvernement avait utilisé ses pouvoirs de réglementations pour forcer l'exploitant à prendre des mesures de préventions adaptées, la décision des juges marquait un tournant en matière de responsabilité pour dommages nucléaires démontrant une remise en cause du principe de responsabilité exclusive applicable aux exploitants. L'hypothèse avait d'ailleurs été discutée en doctrine avant le jugement : voy. E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, *op. cit.*, p. 336 et avant le jugement rendu J. RHEUBEN, "Government Liability for regulatory Failure in the the Fukushima Disaster : A Common law comparaison", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 23, 2014, pp. 113-149 ; E. OSAKA,

308. Les considérations liées à l'assurance. À l'instar de la situation des victimes, l'argument lié à l'assurance était également entré en ligne de compte pour la consécration du principe de canalisation. Le procédé devait éviter, nous l'avons énoncé, une pyramide des coûts assurantiels. Or cet argument est également, aujourd'hui, l'objet de critiques. D'aucuns ont ainsi considéré ce caractère inopportun de la canalisation de maintenir les primes d'assurance à un niveau peu élevé, évitant ainsi de compromettre le marché de l'assurance. Pour ces auteurs, une meilleure organisation du marché assurantiel devrait lui permettre de fonctionner sans un tel artifice et permettrait d'ailleurs d'élargir la mutualité des assurés et donc les montants disponibles¹²⁷⁴. D'autres ont considéré que le principe de canalisation exposait, en sus, l'assureur à une plus grande incertitude puisqu'il l'obligeait à couvrir les accidents qui n'ont pas seulement été causés par son assuré, mais qui lui sont également transférés¹²⁷⁵. Ces considérations, aussi pertinentes soient-elles, rencontrent des contre-arguments ; ces mêmes qui pourraient justifier qu'il soit rendu possible et surtout opportun une application anachronique de ce principe à la fusion.

2. Les justifications contemporaines de la responsabilité exclusive

309. Plan. Sans préjudice de la pertinence des arguments invoqués à l'encontre du principe de canalisation, des considérations pratiques permettent d'envisager sérieusement une application anachronique du principe aux activités de fusion nucléaire (a.), lesquelles sont appuyées par l'ambivalence, au regard de l'évolution du droit nucléaire, de l'opportunité d'une responsabilisation des acteurs du nucléaire (b.)

a. L'opportunité d'une application anachronique du principe

310. Un bouclier juridique justifié par la nouveauté de l'activité. Il a été montré précédemment le rôle que le principe de canalisation a pu jouer dans le développement de l'industrie nucléaire de fission. Véritable « bouclier juridique », il a servi à favoriser l'investissement des entreprises dans le développement de cette énergie. Pour cela, et bien que ce principe soit aujourd'hui remis en cause, son application dans le cadre de la fusion nucléaire pourrait s'avérer opportun. En effet, le développement de la fusion nucléaire pourrait nécessiter de passer par les mêmes voies juridiques que la couverture de responsabilité des accidents issus de l'exploitation de la fission nucléaire. Dès lors, et afin d'encourager les entreprises à investir dans cette nouvelle énergie, dont on peine à saisir aujourd'hui tous les contours, il faudrait peut-être leur assurer *ab initio* une certaine sécurité. Cette sécurité peut également valoir à l'égard des assureurs.

311. Un bouclier juridique justifié par l'assurance. Rappelons que, dans le cadre du régime conventionnel, la responsabilité de l'exploitant nucléaire est certes accompagnée d'une obligation de

“Corporate Liability, Government Liability, and the Fukushima Disaster”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 21, 2011, pp. 432-459 ; T. AWAJI, « L'accident nucléaire de Fukushima et la responsabilité de l'État et de l'exploitant » in M. HAUTEREAU-BOUTONNET (dir.), *Après Fukushima, regards juridiques franco-japonais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 30.

¹²⁷⁴ Voy. M. TREBILCOCK, R.A., WINTER, “The Economics of Nuclear Accident Law”, *IRLE*, vol.17, 1997, pp. 215-243 ; E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, op. cit., p. 321.

¹²⁷⁵ Voy. M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., p. 143.

garantie financière, mais qu'elle est également limitée dans son montant¹²⁷⁶. Tenant compte de ces deux éléments dont la justification a principalement trait à l'ampleur des conséquences d'un accident nucléaire, le principe de canalisation présente d'ores et déjà l'avantage de rendre calculable le coût de la responsabilité nucléaire pour les assureurs, lesquels apparaissent comme les principaux destinataires de l'obligation de réparer¹²⁷⁷. Sans préjuger du coût d'un accident de fusion, ce coût pourrait donc contraindre les exploitants à s'assurer, et cette assurance pourrait par ailleurs provoquer une augmentation compensatoire du prix des équipements¹²⁷⁸. Sans préjuger de l'ampleur d'un tel accident, les victimes pourraient être extrêmement nombreuses et d'origines diverses, et leurs demandes orientées vers plusieurs responsables selon des systèmes juridiques différents. Au problème d'une éventuelle réticence des assureurs à couvrir tous les acteurs du nucléaire d'une assurance d'un montant égal à celui qui est fixé par les conventions et d'une difficulté logistique à imposer à tous cette assurance¹²⁷⁹, s'ajouterait ainsi un éparpillement des demandes des victimes susceptible de faire perdre le compte de ces dépenses¹²⁸⁰. En concentrant sur une seule tête le *quantum* de la responsabilité, la canalisation permet ainsi de ramener la capacité assurantielle à un seul risque au lieu de la disperser d'une manière qui apparaîtrait « *in the long run impossible to manage* »¹²⁸¹. Pour ces raisons, lors d'une réunion du Comité de droit nucléaire sur la question du traitement juridique des installations de fusion, l'observateur du Comité européen a indiqué être en faveur, dans une certaine mesure, de l'inclusion des réacteurs de fusion dans le champ d'application de la Convention de Paris¹²⁸². Pour ces raisons, il serait éventuellement permis d'adhérer à cette proposition. Néanmoins, nous y formulerons certaines réserves. D'une part, cette proposition ne restera valable que dans la mesure où l'accident de fusion présenterait un coût comparable à celui d'un accident de fission, ou à tout le moins un coût suffisant pour que le fait demeure valable que chacun n'est pas assurable à un montant égal et qu'il est, en sus, pertinent de limiter le *quantum* de la responsabilité (*mais, paradoxalement, cela pourrait remettre en cause l'intérêt de cette nouvelle source énergie dont la publicité repose sur sa sûreté...*)¹²⁸³. D'autre part, conclure en ce sens reviendrait à ne pas prendre fondamentalement en considération l'argument le plus important : celui de la responsabilisation des acteurs du nucléaire.

b. L'ambivalence de la responsabilisation des acteurs du nucléaire

312. Les contreparties de la responsabilisation. Nous comprenons et adhérons en grande partie au vœu d'une *responsabilisation* des acteurs du nucléaire au côté de l'exploitant. Il paraît néanmoins important d'en souligner les limites et les difficultés que cela serait susceptible d'engendrer. En

¹²⁷⁶ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 2.

¹²⁷⁷ H. KOLEHMAINEN, « The modernisation of the international nuclear third-party liability regime – Does exclusive liability still make sense ? », *op. cit.*, p. 460.

¹²⁷⁸ Voy. M. ABRAHAM, *Nuclear Liability : A Key Component of the Public Policy Decision to Deploy Nuclear Energy in Southeast Asia*, Cambridge, American Academy of Arts and Sciences, 2014, p. 5.

¹²⁷⁹ Quoique le fait que plus il y a d'assurés, plus il y a d'argent, puisse relativiser cette objection.

¹²⁸⁰ Sur ces problématiques, voy *infra* Section 2.

¹²⁸¹ H. KOLEHMAINEN, « The modernisation of the international nuclear third-party liability regime – Does exclusive liability still make sense ? », *op. cit.*, p. 460.

¹²⁸² Voy. AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », *op. cit.*, §15.

¹²⁸³ Sur ces questions, voy *infra* Chapitre 2, Section 2.

théorie, si la responsabilité de ces acteurs pouvait être recherchée tant factuellement que juridiquement sur le fondement d'une faute ou *même sans faute*, il en résulterait un effet dissuasif non négligeable¹²⁸⁴. Néanmoins, il faudrait encore, dans l'intérêt des victimes que ces derniers s'avèrent solvables pour assurer la réparation, voire pour que la prévention soit effective¹²⁸⁵. Cela ramènerait donc à la difficulté précédemment exposée. Des solutions pouvant néanmoins pallier ces difficultés¹²⁸⁶, il convient d'insister davantage sur la seconde contrepartie de ce choix.

Le véritable problème d'une exclusion du principe de canalisation serait, en effet, celui de l'effet pervers de déresponsabilisation qu'elle peut paradoxalement entraîner. Outre le fait que l'on puisse redouter que chacun des fournisseurs compte sur la responsabilité de l'autre, on peut surtout craindre que ce ne soit l'exploitant qui se décharge sur ces derniers. Cette idée semble du moins sous-entendue dans l'argument avancé par Thomas HELDT et Heikki KOLEHMAINEN qui s'autorisent à relativiser les critiques avancées à l'encontre du principe de canalisation en mettant en avant que l'exploitant – en ayant pris la décision finale – devrait demeurer le seul responsable¹²⁸⁷. Une telle ligne d'argumentation satisfait par cette référence aux critères de contrôle et de maîtrise inhérents, selon nous, à la notion d'exploitation. Surtout, elle satisfait parce qu'elle reflète l'évolution ayant découlé du choix d'imputer l'accident nucléaire au seul exploitant. En effet, bien que nous ayons pu souligner les faiblesses de ce choix initial, il n'en demeure pas moins que l'évolution qui l'a suivi n'a pas été sans conséquences sur le rôle attribué à celui-ci :

« [a]t present, the accepted standards for security and safety in the production of nuclear energy are based on internationally binding obligations. National safety regulations are designed in accordance with internationally accepted standards. The implementation of these international standards is largely established by the fact that the nuclear operators have an incentive to ensure that the safety requirements are fulfilled in their units due to the exclusive liability that they have »¹²⁸⁸.

Autrement dit, la responsabilité exclusive de l'exploitant a influé sur la dimension préventive de sa désignation comme responsable, et sur d'autres aspects du régime. Pour en témoigner, on pourra en référer à la suppression par le Protocole de 1997 et le Protocole de 2004 de l'exonération de responsabilité en raison de cataclysme naturel¹²⁸⁹. Plus encore, on pourra se référer à l'Exposé des

¹²⁸⁴ N'oublions pas en effet qu'en pratique, les victimes seraient déjà confrontées à la difficulté de trouver un fondement à leur action en responsabilité, c'est-à-dire qu'elle démontre, pour le droit français du moins, soit une faute quelconque, soit la défectuosité d'un produit, soit le fait d'une chose dont ils auraient conservé la garde (en recourant par exemple à la distinction garde de la structure/garde du comportement).

¹²⁸⁵ La solvabilité apparaît effectivement comme étant une condition *sine qua non* de l'effet dissuasif de la responsabilité, à tout le moins dans le cadre d'une responsabilité *même sans faute* : voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

¹²⁸⁶ En reconnaissant, par exemple, le principe de la canalisation économique, on éluderait les problèmes assurantiels, tout en permettant d'assoir le principe d'une responsabilité juridique laquelle serait presque symbolique. De même, en conférant *ab initio* un droit de recours à l'exploitant et la possibilité d'ainsi récupérer jusqu'à la hauteur du possible les sommes qu'il aurait allouées aux victimes, on pourrait faire de ce dernier le locuteur des victimes et l'intermédiaire par lequel les éventuels responsables pourraient être condamnés. Cette solution avait d'ailleurs été plus ou moins envisagée au sein de la Convention de Vienne, avant d'être rejetée : voy. E. AMEYERKER, "Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator", *op. cit.*, p. 39.

¹²⁸⁷ Voy. T. HELDT, *A European Legal Framework for Nuclear Liability. Rethinking Current Approaches*, *op. cit.*, p. 141; H. KOLEHMAINEN, "The modernisation of the international nuclear third-party liability regime – Does exclusive liability still make sense ?", *op. cit.*, p. 456.

¹²⁸⁸ H. KOLEHMAINEN, "The modernisation of the international nuclear third-party liability regime – Does exclusive liability still make sense ?", pp. 458-459.

¹²⁸⁹ Voy. *supra* note n°1191.

motifs de la Convention de Paris de 2004 qui affiche clairement cet objectif, contrairement aux textes antérieurs¹²⁹⁰.

Cette évolution n'est donc pas inintéressante à l'endroit des activités de fusion, en raison du caractère spéculatif de leurs risques. Parce qu'il sera de l'intérêt de l'exploitant d'une installation de fusion de coordonner l'intervention des différents fournisseurs et sous-traitants de façon à rendre le fonctionnement de l'installation le plus sûr possible, le principe de canalisation produira un effet incitatif : celui d'investir dans la sécurité de son installation et, plus encore, de son activité dont il sera responsable dans son ensemble. Quant aux autres acteurs, il faudra simplement compter sur l'effet rétributif que serait susceptible d'occasionner un accident en dehors du champ juridique comme l'avait mis en exergue Patrick ROTHEY :

« [L]orsque le Professeur PELZER a évoqué le principe de la canalisation, il a introduit la notion de juste ou d'injuste pour qualifier le profit que ferait le constructeur ou le fournisseur [...] Il y a un mécanisme juridique qui est défini par les Conventions, notamment par la Convention de Paris et par la Loi française, qui fait que la responsabilité est canalisée sur l'exploitant et donc le risque est canalisé sur l'exploitant [...] Dans une économie de marché, il est normal que le constructeur le fasse en faisant du profit. Je ne vois pas en quoi la notion de juste ou d'injuste intervient là. La sanction viendra du marché, par le biais des actionnaires. Je me demande notamment, en matière d'accident, ce qu'est devenue la société qui a construit Three Mile Island »¹²⁹¹.

Somme toute, la responsabilité exclusive de l'exploitant nucléaire demeure un élément essentiel du régime de responsabilité civile nucléaire, sur lequel il est difficile de revenir. Plus que la question de son aptitude à s'appliquer aux activités de fusion, c'est celle de son opportunité qui se discute, et même, au fond, celle de son explication juridique. De deux choses l'une : soit l'on cherche à tout prix à trouver un fondement théorique à ce principe, mais cela amènerait donc à dépasser le stade de la démarche entreprise ici ; soit l'on tente d'en justifier le maintien dans le cadre des activités de fusion en insistant sur l'opportunité pratique de ce principe. S'il paraît séduisant d'emprunter cette seconde voie, le problème subsiste que, par-delà l'opportunité ambivalente qu'il présente, il nous est encore impossible de trancher à ce stade de notre étude.

313. Conclusion du § et de la Section. Les difficultés suscitées par les caractéristiques de l'accident nucléaire et de l'entreprise de l'industrie atomique ont motivé de déroger à certaines règles traditionnelles de la responsabilité civile concernant l'engagement de la responsabilité de l'exploitant nucléaire. Ces spécificités seront susceptibles de se retrouver à l'occasion d'un accident nucléaire de fusion et au sein de cette nouvelle industrie. Bien que supposé de moindre ampleur, l'accident nucléaire de fusion n'en sera pas moins complexe et imprévisible et justifie de maintenir le principe d'une responsabilité *même sans faute* de l'exploitant. C'est là un principe qui nous semble ne pas pouvoir faire l'objet de contestation, en dépit du fondement somme toute descriptif et insuffisamment

¹²⁹⁰ Voy. *Exposé des motifs* (2004), p. 1, § 3 : « [L]es objectifs primordiaux de ce régime spécial sont de trois ordres : tout d'abord, assurer une réparation adéquate des dommages causés aux personnes, aux biens et à l'environnement par un accident nucléaire ; en second lieu, rendre les exploitants nucléaires, qui sont les plus à même d'assurer la sûreté de leurs installations nucléaires et de leurs activités de transport, pleinement responsables en cas d'atteinte à cette sûreté sans pour autant être soumis à une responsabilité d'un poids excessif ; et enfin, exonérer de leur responsabilité tous ceux qui sont associés à la construction, à l'exploitation ou au déclassement d'installations nucléaires (tels que les constructeurs ou les fournisseurs) ».

¹²⁹¹ OCDE/AEN, « Discussion » in OCDE/AEN, *Reform of Civil Nuclear Liability, Budapest Symposium 1999, op. cit.*, p. 577.

explicatif du lien d'imputation qui l'accompagne dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire. Au terme de l'étude, il apparaît en effet que la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant n'est fondée que sur des considérations assurantielles et est justifiée, en partie, par le principe de canalisation. À l'égard de ce principe, des arguments tendent également à parvenir à la même conclusion. Seulement, confirmer cette intuition impose d'avoir une vision d'ensemble de l'équilibre du régime de responsabilité civile nucléaire et de son adéquation avec l'exploitation de la fusion. La responsabilité exclusive, principe cardinal du régime de responsabilité civile nucléaire, résulte en effet de la *ratio legis* de ce régime. Elle est le fruit d'autant de considérations pratiques liées au caractère potentiellement « internationalisé » de l'accident nucléaire susceptible de multiplier les actions et les lieux de procès qu'aux coûts des dommages susceptibles d'en résulter. Or ces considérations pratiques ont également guidé l'établissement des autres principes cardinaux du régime de responsabilité civile nucléaire que sont, par exemple, l'obligation de garantie financière ou la limitation du montant de la responsabilité. Ainsi, et quoique l'application du principe de canalisation aux activités de fusion puisse éventuellement paraître opportune à ce stade de l'étude, il ne faut pas préjuger de la solution qui pourra poindre à son terme. Pour cela, il s'agit de poursuivre cette étude, en passant, justement, à l'étude d'une seconde spécificité de l'accident nucléaire de fission en ayant justifié l'instauration : son caractère internationalisé.

SECTION 2. L'ADAPTATION DE LA RESPONSABILITÉ AU CARACTÈRE TRANSFRONTIÈRE DE L'ACCIDENT

314. L'utilisation de l'énergie nucléaire: un problème de droit international. La révolution scientifique et technique à laquelle ont assisté les juristes du XX^e siècle n'a pas manqué d'avoir des répercussions sur le droit international. Rapidement, la réception des activités à risque, centre névralgique des activités humaines, n'a plus été l'apanage des sociétés nationales et un phénomène d'uniformisation ; de concentration du droit s'est observé au niveau européen et international. Conséquence de l'interaction de plusieurs facteurs, il en a résulté une infiltration du droit international dans les droits internes et une mutation du droit international. Son objet n'est alors plus singulièrement l'organisation des relations de coexistence et de coopération entre États, mais également l'harmonisation des droits internes. Le droit international serait ainsi devenu non plus le droit entre les nations, mais le droit dont toutes les nations se servent et qui rappelle au souvenir le *ius gentium* des *Institutes* de Gaius et de Justinien¹²⁹².

Le secteur de l'énergie nucléaire s'est donc trouvé au premier rang de cette évolution. Très tôt, la pertinence du droit international pour organiser la réparation des dommages nucléaires est apparue manifeste. Le problème est venu intéresser dans une égale mesure une grande part des États, même

¹²⁹² On rappellera que l'expression *ius gentium* (droit des gens) désignait en droit romain une des trois sources du droit privé avec le droit naturel et le droit civil. L'expression était ainsi généralement utilisée pour couvrir le droit commun aux citoyens romains et aux hommes des autres nations. Ce n'est qu'à partir du XVII^e siècle que l'expression prend le sens de droit entre les nations et s'identifie avec ce que l'on appelle aujourd'hui le droit international public : voy. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., s.v. « Droit des gens » et sur l'émergence de ce *ius gentium* rapprochez P. DAILLIER, « Monisme et dualisme : un débat dépassé » in B. ACHOUR et S. LAGHAMI (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, pp. 9-21 et L. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit des classes », *DH.*, 1937, *chron.*, pp. 1 et ss.

ceux sur le territoire desquels ne se trouvait aucune installation de la sorte. En 1963, alors que la Convention de Paris s'apprêtait à entrer en vigueur, Jean-Paul PIÉRARD écrivait ainsi :

« [l]a Convention de l'OECE nous ouvre le rideau sur la scène du droit international où nous évoluerons désormais. Est-il encore besoin à l'heure présente d'épiloguer longuement sur la nécessité profonde d'une réglementation internationale des activités nucléaires, principalement dans le domaine de la responsabilité civile ? Jamais peut-être dans l'histoire connue de l'humanité, l'homme et les nations n'ont pris conscience avec plus d'acuité de leur destin inéluctable d'universalité. L'établissement dans toutes les parties du monde d'installations atomiques de plus en plus nombreuses, l'utilisation croissante des matières radioactives dans l'industrie, l'agriculture et la médecine, les transports de ces matières et ceux de combustibles irradiés, comportent une multiplication et une extension correspondante des risques et aussi la possibilité de dommages largement répandus au-delà des frontières d'un pays »¹²⁹³.

C'est donc en considérant de ces faits que les organisations internationales spécialisées ont pris pour mission de déployer les efforts en vue de contribuer à la réglementation internationale de la responsabilité civile pour les dommages nucléaires. C'est également en considération de ces faits que nous poursuivrons notre recherche quant à l'adaptation du régime de responsabilité civile nucléaire à l'exploitation de la fusion.

315. Plan. En recherchant dans un premier temps les règles du régime de responsabilité civile nucléaire afférentes à l'internationalisation de l'accident nucléaire (§ 1), il deviendra alors possible de questionner leur maintien dans le cadre d'un accident issu de l'exploitation de la fusion (§ 2).

§ 1. L'influence du caractère transfrontière de l'accident nucléaire sur la mise en œuvre de la responsabilité

316. L'exigence de « déterritorialisation »¹²⁹⁴ du droit. Selon le fameux *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire du *Statut du Groenland Oriental*, la législation nationale d'un État constitue « l'une des formes les plus frappantes de l'exercice du pouvoir souverain »¹²⁹⁵. Selon la célèbre formule de Max Hubert en l'*Affaire de l'Île de Palmas*, l'État bénéficiant d'une plénitude de compétence et de l'exclusivité de cette compétence sur son territoire, sa législation ne s'applique, en principe, que sur son territoire national¹²⁹⁶. Toutefois, cette législation peut également s'appliquer à des situations présentant des éléments d'extraterritorialité, et cela notamment lorsque les règles du droit international privé le prévoient. Le problème restant qu'il est également bien admis que cette situation peut générer des incertitudes préjudiciables quant à la détermination du droit applicable et l'organe compétent pour ce faire, lesquelles ne peuvent être éliminées que par l'établissement de relations conventionnelles entre les États respectifs. Surmonter ces difficultés était donc l'objectif poursuivi par l'adoption des conventions sur la responsabilité civile nucléaire. Assurément, celles-ci

¹²⁹³ J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique, droit comparé, op. cit.*, pp. 350-351.

¹²⁹⁴ R.-E. CHARLIER, « Questions juridiques soulevées par la science atomique », *op. cit.*, p. 236.

¹²⁹⁵ CPJI, *Statut juridique du Groenland Oriental (Danemark c. Norvège)*, arrêt du 5 avril 1933, Série A./B., p. 30.

¹²⁹⁶ Nous rappellerons à cette occasion le *dictum* en l'affaire de *l'Île de Palmas* : « la souveraineté dans les relations entre États signifie l'indépendance. L'indépendance relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre États, les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation des États durant le dernier siècle est comme corollaire, le développement du droit international ont établi le principe de la compétence exclusive de l'État en ce qui concerne son propre territoire de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux » : *Affaire de l'Île de Palmas (ou Miangas) (États-Unis c. Les Pays-Bas)*, sentence arbitrale du 4 avril 1928, traduite de l'anglais par C. Rousseau, *RGDIP*, vol. 42, 1935, pp. 156 et ss.

n'avaient pas vocation à s'appliquer qu'aux accidents aux conséquences incommensurables comme vu *supra*. L'hypothèse d'un tel évènement était cependant bien plus que probable. Un accident nucléaire quelque part (*somewhere*) pouvant être un accident partout (*everywhere*)¹²⁹⁷, la réparation des victimes d'accidents nucléaires devait ainsi être assurée sans

« [s']arrêter [...] aux frontières nationales. Et ceci pour deux motifs : le premier, c'est qu'une étroite solidarité unit les hommes des différents États, qu'ils en prennent progressivement conscience et que précisément c'est en en matière de recherche, d'approvisionnement et même d'exploitation nucléaire que les barrières politiques paraissent singulièrement fragiles [...] dès lors, s'il a paru nécessaire de socialiser les risques atomiques parce qu'il était injuste d'isoler un exploitant donné, celui dont le réacteur a causé le dommage, il serait également injuste de nationaliser ces risques, d'établir à l'échelle des États les garanties financières offertes aux éventuelles victimes. Le second motif est là : ces victimes sont internationales, si l'on peut dire. Elles n'auront pas le privilège de n'être atteintes que par des nationaux. Ceci est spécialement vrai pour les victimes de lentes contaminations. *Les nuages, moins encore que les avions, ne connaissent de frontière*, et il me semble que la France est sage de ne préparer aucune loi sur notre problème car ce n'est pas une loi française à l'usage des Français atteints par des réacteurs français, qui contenterait notre besoin de normes nouvelles »¹²⁹⁸.

Cela étant admis, l'instauration d'un régime de responsabilité civile nucléaire sur le plan international devait également répondre aux inquiétudes que Georges-Gilbert NONNEMACHER avait formulées en les termes suivants :

« [u]n sinistre atomique peut provoquer des dommages sur le territoire de plusieurs États. Comment sera alors assurée la réparation du dommage causé ? Par la loi de l'État dans lequel le sinistre a pris son origine, ou d'après les normes en vigueur dans l'État dans lequel le préjudice se manifeste ? Quel sera le juge compétent ? Celui du lieu de l'installation atomique qui a provoqué l'accident, ou celui du lieu dans le ressort duquel le dommage a été causé ? Outre les conflits possibles entre les systèmes juridiques dotés d'une législation spéciale en matière de réparation des sinistres atomiques et les systèmes juridiques en ne connaissant pas de réglementation atomique spéciale, il existe encore les conflits entre États qui ont leurs propres législations atomiques »¹²⁹⁹.

Autrement dit, et à n'en plus douter aujourd'hui, l'un des aspects les plus problématiques de l'accident nucléaire réside dans sa capacité à se transporter au-delà des frontières des États. Des dommages pouvant ainsi être subis simultanément au sein de plusieurs États, il fallait créer des règles dérogatoires au droit commun permettant de procéder à cette *déterritorialisation* du droit, et de simplifier au possible les procédures par lesquelles les victimes obtiendraient réparation.

317. Plan. C'est pourquoi les rédacteurs des conventions tout en leur établissant un champ d'application géographique large (A.) ont consacré le principe du juge unique, autrement appelé le principe d'unicité de juridiction (B.).

¹²⁹⁷Voy. B. BRANDS, "Inaugural speech" in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, op. cit., p. 29 : "[w]e all have heard that 'a nuclear accident somewhere is a nuclear accident everywhere'" ou encore L. GILLON, « Contraintes et risques technologiques » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 18.

¹²⁹⁸R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », op. cit., p. 515. Nous soulignons ces mots écrits en 1959 qui au moment du « nuage de Tchernobyl » auraient été d'une actualité saisissante. Voy. notamment sur les conséquences transfrontières de l'accident de Tchernobyl, AEN, « Étude : L'accident de Tchernobyl – Dommages de nature économique et leur réparation en Europe occidentale », *BDN*, vol. 39, 1987/1, pp. 61-68.

¹²⁹⁹G-G. NONNEMACHER, « Vers une réglementation européenne de la responsabilité civile européenne en matière atomique » in *Mélanges Séfériades*, pp. 244-255.

A. Une internationalisation croissante de la responsabilité

318. Plan. Lors de l'adoption de la Convention de Paris, puis de la Convention de Vienne, toutes deux présentaient un champ d'application géographique relativement restreint (1.). C'est l'accident de Tchernobyl qui constituera le catalyseur de l'élargissement de ce dernier (2.).

1. Le champ d'application *ratione loci* initial du régime conventionnel

319. Un fonctionnement autarcique des conventions. Initialement, la Convention de Paris ne s'appliquait « ni aux accidents nucléaires survenus sur le territoire d'États non contractants ni aux dommages subis sur ces territoires, sauf si la législation de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle est située l'installation nucléaire dont l'exploitant est responsable en dispos[ait] autrement »¹³⁰⁰. Cette dérogation n'avait pas emporté grande adhésion auprès des États¹³⁰¹. La Convention de Vienne, quant à elle, ne contenait (et contient encore dans sa version de 1963) aucune disposition correspondante. Cependant, bien que cette dernière n'ait pas limité expressément son champ d'application géographique, ses parties s'étaient pareillement accordées sur une application limitée aux accidents nucléaires survenus et aux dommages subis sur les seuls territoires des États parties; cela comme si ce texte avait contenu une disposition identique à celle présente dans la Convention de Paris¹³⁰². Il en résultait que si un accident survenait sur le territoire d'un État partie à la Convention de Paris et que des dommages étaient subis dans un État partie à la Convention de Vienne, aucune réparation n'était possible et *vice versa*. Il en aurait été de même si un accident survenait ou que des dommages étaient subis sur le territoire d'un État non-partie à l'une ou l'autre de ces conventions.

320. Un révélateur de l'insuffisance : l'accident de Tchernobyl. L'accident de Tchernobyl, survenu en République socialiste soviétique d'Ukraine, a joué un rôle décisif dans l'évolution du droit international nucléaire. Le *nuage de Tchernobyl*, comme on aime à l'appeler, ayant été mesuré dans tout l'hémisphère nord, il a brutalement révélé l'ampleur des dommages susceptibles de résulter d'un accident nucléaire et « le caractère indivisible de l'environnement »¹³⁰³. Dans le même temps, il a affiché les faiblesses juridiques et politiques du cadre conventionnel existant. En effet, si peu nombreux sont ceux à s'être concrètement intéressés à la possibilité pour les victimes d'obtenir une réparation à la suite de cet événement, c'est parce que l'Union soviétique n'avait ni adhéré à l'une des conventions internationales en vigueur ni adopté de législation nationale spécifique. Or cet état de fait n'était guère singulier à l'époque. La Convention de Paris, à vocation régionale, connaissait déjà

¹³⁰⁰ Convention de Paris (1982), art. 2.

¹³⁰¹ Voy. OCDE/AEN, *Recommandation du Comité de Direction du 22 avril 1971, NE/M(71)1 in OCDE/AEN, Convention de Paris – Décisions, Recommandations, Interprétations, op. cit.*, p. 9. Seules quelques législations nationales avaient prévu cette dérogation, et cela aurait été notamment le cas de l'Allemagne.

¹³⁰² Voy. AIEA, « Rapport du Comité permanent de l'AIEA sur la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires », Vienne 13-17 avril 1964, IAEA DOC CN-12/SC/9; AEN, « Champ d'application des conventions nucléaires », *BDN*, vol. 5, 1970/1, pp. 25 et ss; S. KISSICH, *Internationales Atomhaftungsrecht : Anwendungsbereich und Haftungsprinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 2004, pp. 216 et ss. Il est entendu qu'au sens des Conventions, le territoire inclue les eaux territoriales de l'État. Il est aussi reconnu que les Conventions s'appliquent aux accidents nucléaires survenus en haute mer et aux dommages subis en haute mer, dès lors que l'exploitant responsable est soumis au régime des conventions : *Exposé des motifs* (1982), p. 2, § 7; AIEA, « Rapport du Comité permanent sur la responsabilité civile en matière de dommage nucléaire », *op. cit.*; OCDE/AEN, « Recommandation du Comité de Direction », 22 avril 1971, NE/M(71)1, *op. cit.*

¹³⁰³ A. KISS, « L'état du droit de l'environnement. Problèmes et solutions », *JDI*, 1986, p. 751

quatorze États parties quand la Convention de Vienne, à vocation mondiale, n'avait été ratifiée que par une dizaine d'États dont deux seulement possédaient des réacteurs nucléaires en service sur leur territoire. Alors que les conventions de responsabilité civile nucléaire ne réceptionnaient pas encore les accidents ou les dommages subis sur le territoire d'un État non contractant, cet événement a ainsi relancé le débat initié par certains commentateurs s'étant questionnés sur la conformité de ces solutions au droit international. Finalement, la licéité de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire ne semblait en effet dépendre que de la mise en place d'un système adéquat de réparation¹³⁰⁴. La maîtrise du risque atomique dont ils venaient de connaître la réalité a donc incité les États à remédier à l'éclatement des textes et à apporter une réponse appropriée à l'étendue et la spécificité de tels accidents.

2. Le champ d'application *ratione loci ex post* Tchernobyl du régime conventionnel

321. Les effets de la « douche écossaise »¹³⁰⁵. Si l'accident de Tchernobyl a « confirmé en pratique ce que l'on savait déjà en théorie »¹³⁰⁶, à savoir le caractère potentiellement transfrontière de l'accident nucléaire, il a également confirmé « l'expérience selon laquelle il est souvent nécessaire qu'un accident survienne pour que des actions soient entreprises »¹³⁰⁷. Quoique malheureuse, l'épreuve de l'accident de Tchernobyl aura au moins fait prendre conscience à la communauté nucléaire internationale « qu'il ne suffisait pas de mettre en place un régime international de responsabilité, mais qu'il fallait également entreprendre des efforts constants pour amener le plus grand nombre d'États à adhérer à ce régime », et en étendre la couverture géographique¹³⁰⁸.

Pour cela, outre l'élargissement du champ d'application géographique des conventions (a.), de nouveaux instruments ont été adoptés afin de créer un lien entre les conventions existantes et en étendre mutuellement ledit champ d'application (b.).

a. Une modification *per se* des conventions princeps

322. Plan. Tant les rédacteurs de la Convention de Vienne que ceux de la Convention de Paris ont fait le choix d'élargir le champ d'application de leurs conventions respectives. Or bien que choisissant des solutions différentes, ils sont parvenus à un résultat identique. Il conviendra donc d'étudier les dispositions pertinentes du Protocole de 1997 de la Convention de Vienne (i.) et du Protocole de 2004 de la Convention de Paris (ii.).

i. Le Protocole de 1997 : un élargissement conditionné de la Convention de Vienne

323. Une solution de compromis. Le silence qui entourait initialement le champ d'application géographique de la Convention de Vienne avait conduit à en interpréter limitativement la portée. À

¹³⁰⁴ Voy. *Textes explicatifs*, p. 33.

¹³⁰⁵ J. SCHWARTZ, « Le droit international de la responsabilité civile nucléaire : l'après Tchernobyl » in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, op. cit. p. 42 qui évoque « l'effet d'une douche écossaise » à propos de l'accident de Tchernobyl.

¹³⁰⁶ N. PELZER, « Les principaux aspects du régime du régime international révisé de responsabilité civile nucléaire : les avancées et les blocages » in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, op. cit., p. 396

¹³⁰⁷ *Ibid.*, p. 391.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, p. 394.

la suite de l'accident de Tchernobyl, et lors des négociations visant sa révision, la question du champ d'application géographique a donc fait l'objet d'intenses discussions. De nombreuses délégations ont soutenu l'idée selon laquelle il serait expédient d'étendre les bénéfices de la Convention aux victimes situées sur le territoire d'États non contractants. À leur examen du droit international, d'aucuns ont considéré que l'absence de prise en considération de ces victimes s'avérait contraire à l'esprit des droits de l'homme et au principe de non-discrimination consacré par les textes conventionnels¹³⁰⁹. Quoique l'argument soit relativisable, ils arguaient également que cette position s'inscrivait en opposition avec le principe d'utilisation non dommageable du territoire ou le principe du pollueur-payeur¹³¹⁰. À l'inverse, d'autres ont considéré que les bénéfices de la Convention devaient être limités exclusivement aux Parties contractantes. Les fonds provenant des assurances étant limités, la prise en considération, sans avantage réciproque, des victimes ressortissantes des autres États, réduirait la part revenant aux victimes dans les parties contractantes¹³¹¹. Puisque la Convention était ouverte à tous les États, ceux souhaitant en bénéficier n'avaient qu'à y adhérer : étendre la couverture de la Convention à l'ensemble des victimes n'aurait été qu'un frein supplémentaire à une potentielle adhésion des États tiers¹³¹². Le nouvel article Premier. A) de la Convention de Vienne de 1997 est donc apparu comme le fruit d'un compromis entre les défenseurs du principe de « territorialité » et ceux du principe « universalité »¹³¹³. S'il est venu étendre expressément l'application territoriale de la Convention « aux dommages nucléaires, quel que soit le lieu où ils sont subis »¹³¹⁴, il maintient néanmoins quelques exceptions. Il autorise ainsi un État à exclure, par sa législation, l'application de la Convention pour les dommages subis sur le territoire d'un État non contractant ou dans toute zone maritime que ce dernier aurait établie conformément au droit de la mer¹³¹⁵. Cette exclusion ne peut toutefois prospérer

¹³⁰⁹ Voy. J. HAMILTON, "Access by Victims to the Compensation Regime of the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage", *op. cit.*, p. 107. Comme vu *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2, puisque la Convention crée des droits pour les particuliers, comparables dans une certaine mesure aux droits de l'homme, il apparaissait « injuste » que ces droits individuels puissent différer en raison du lieu où le dommage se produit, cela d'autant plus que les conventions prévoient un principe de non-discrimination sur lequel on reviendra *infra*.

¹³¹⁰ L'argument de l'utilisation non dommageable du territoire paraît pouvoir être relativisé parce qu'il n'est pas supposé conféré un droit à réparation individuel mais convoque principalement une responsabilité internationale interétatique (voy. *infra* Partie II, Chapitre 1, Section 2, § 2). De plus, les conventions s'opéraient (et s'opèrent encore) sans préjudice des règles applicables à l'égard de la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite : voy. *Convention de Paris* (1982), annexe II ; *Convention de Paris* (2004), art. 16 bis ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XVIII. Quant au principe du pollueur-payeur tel que consacré par le principe 13 de la Déclaration de Rio, il constitue ainsi bien souvent une justification de la responsabilité des exploitants : voy. OCDE/AEN, *Responsabilité et réparation des dommages nucléaires, une perspective internationale*, *op. cit.*, p. 25. Il nous sera néanmoins permis de relativiser la validité de ce fondement. Initialement, en effet, le principe du pollueur-payeur est cantonné au droit de l'environnement, et impute à l'auteur de la pollution le coût qui en résulte. Or, le régime de responsabilité civile nucléaire concerne, dans sa *ratio-legis*, et comme nous le verrons *infra* Chapitre 2, Section 1, les atteintes à la vie, à l'intégrité physique et aux biens et, bien après, à l'environnement. Par ailleurs, le principe du pollueur-payeur ne va pas forcément de pair avec un régime de responsabilité *même sans faute*, et pourrait davantage justifier un régime basé sur la faute : voy. en ce sens G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, *op. cit.*, p. 923 et X. THUNIS, « Le temps de la responsabilité (réflexions sur la Convention du Conseil de l'Europe et sur le livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement) », *Amèn*, 1993/4, p. 216.

¹³¹¹ Voy. *Textes explicatifs*, p. 33.

¹³¹² Voy. N. PELZER, « Les principaux aspects du régime international révisé de responsabilité civile nucléaire : les avancées et les blocages », *op. cit.*, p. 400.

¹³¹³ Voy. J. HAMILTON, "Access by Victims to the Compensation Regime of the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage", *op. cit.*, pp. 101 et ss.

¹³¹⁴ *Convention de Vienne* (1997), art. Premier.A. Il convient de souligner que l'idée initiale était de couvrir les dommages subis sur le territoire d'un État non contractant, mais dans le seul cas où l'accident nucléaire avait eu lieu sur le territoire d'un État contractant. Les dommages, en revanche, subis sur le territoire d'un État contractant auraient été couverts peu importe le lieu de l'accident nucléaire. Cependant, à la deuxième session du Comité permanent, il a été décidé de ne faire nullement mention du lieu de l'accident nucléaire : voy. *Textes explicatifs*, p. 33, note 87 ; SCNL/1/INF. 4. p. 4 ; *Rapport du comité de rédaction*, annexe I, p. 1, doc SCNL/1/INF. 2.

¹³¹⁵ La notion de territoire englobe les eaux intérieures et la mer territoriale. Quant à la zone maritime établie conformément au droit international, *grosso modo* conformément à la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* de 1982, elle englobe en principe les zones non

que sous deux conditions. D'une part, l'État non contractant en question doit posséder une installation nucléaire sur son territoire ou dans toute zone maritime établie. D'autre part, il ne doit pas accorder d'avantages réciproques équivalents. Destinée, en somme, à favoriser les États non nucléaires et à protéger leurs victimes, cette disposition (non sans anomalies¹³¹⁶) a constitué une manière d'obliger les États nucléaires, spécialement concernés, à adhérer au régime instauré par la Convention, ou à montrer une législation peu ou prou équivalente.

324. Une solution ambiguë. Cela étant, on a pu se demander ce que signifiait la réciprocité dans ce contexte. Il a semblé évident que l'exception décrite ci-dessus se fondait sur l'hypothèse dans laquelle la législation d'un État non contractant n'aurait pas prévu de mécanisme autorisant la réparation des dommages subis par les victimes situées dans un État partie à la Convention de Vienne. Cependant, la question s'est posée concernant l'équivalence des modalités de la réparation. Il est effectivement apparu moins évident de savoir si l'exclusion pouvait se justifier lorsque la législation de cet État garantit un montant de réparation en deçà de celui prévu par le régime conventionnel ou *a fortiori* lorsque la réparation ne résulte pas de l'application de règles peu ou prou similaires¹³¹⁷. Le compte rendu des discussions du Comité permanent n'a guère éclairé sur le sens précis de l'expression employée. En revanche, il a été convenu au sein du comité de rédaction « qu'une partie contractante pourrait décider à quel(s) État(s) non contractant(s) l'exclusion serait applicable »¹³¹⁸. Certainement, une telle décision ne pouvait de toute manière pas être contestée par le ou les États non contractants concernés en vertu du principe de l'effet relatif des traités¹³¹⁹.

Codifiant une coutume aussi clairement qu'unanimement affirmée, l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose en effet « [qu'] un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement »¹³²⁰. Il est aujourd'hui largement admis que ce principe connaît quelques exceptions parmi lesquelles se trouve la stipulation pour autrui dont la « théorie »¹³²¹, résultant du *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire des *Zones franches*¹³²²,

soumises à la souveraineté territoriale mais davantage à des droits souverains ou une juridiction « plus limitée ». Il s'agit principalement de la zone économique exclusive, ou encore le plateau continental. Il convient en effet de souligner que suivant les modifications intervenues dans le droit international du droit de la mer à la même période, les conventions se sont inscrites dans cette tendance grandissante à assimiler la zone économique exclusive des États contractants (ou toute autre zone qui, non établie, ne s'étendrait pas au-delà de cette limite si l'État concerné en fait notification) au territoire des États. Voy. *Textes explicatifs*, pp. 35-36, notes 96, 97, 98 ; A. GIOIA, « Les zones maritimes et les nouvelles dispositions en matière de compétence juridictionnelle dans le Protocole de Vienne de 1997 et dans la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires », *BDN*, vol. 63, 1999/1, pp. 27-41

¹³¹⁶ Voy. J. HAMILTON, "Access by Victims to the Compensation Regime of the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage", *op. cit.*, p. 111 pour qui l'effet conjugué de l'article Premier A et de la disposition antidiscriminatoire contenue à l'article XIII signifie que les citoyens d'États non parties à la Convention et susceptibles d'être exclus de la Convention en vertu de la clause de réciprocité peuvent néanmoins demander réparation à condition de subir des dommages en dehors du territoire de leur propre État. À l'inverse, les ressortissants d'États parties à la Convention peuvent être exclus du mécanisme s'ils subissent un dommage alors qu'ils se trouvent sur le territoire d'un État non contractant exclu par la clause de réciprocité. Dans le cas d'un accident nucléaire qui aurait causé des dommages dans un certain nombre d'États, cela pourrait, selon l'auteur, produire des résultats discriminatoires.

¹³¹⁷ Voy. *Textes explicatifs*, p. 34, note 90 soulignant que cette exigence d'équivalence de montant est pourtant prévue à d'autres endroits de la Convention, notamment à l'article XIII organisant la dérogation lorsque le coût de la réparation des dommages subis au sein d'un État non contractant possédant une installation nucléaire dépasse un certain montant.

¹³¹⁸ *Textes explicatifs*, p. 35 ; SCNL/7/INF.6, p. 8.

¹³¹⁹ Voy. en ce sens la conclusion à laquelle était parvenue l'INLEX en 2005 considérant que l'exclusion de ces États n'affecterait pas le fonctionnement du régime conventionnel à l'égard des États contractants : *Textes explicatifs*, p. 35, note 93.

¹³²⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 34

¹³²¹ P. DAILLER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public, op. cit.*, pp. 264, 270.

¹³²² CPJI, *Zones Franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (France/Suisse)*, *op. cit.*, p. 20.

est confirmée par l'article 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États. Ce dernier dispose en effet que :

« [u]n droit naît pour un État tiers d'une disposition du traité si les parties à ce traité entendent, par cette disposition, conférer ce droit soit à l'État tiers ou à un groupe d'États auquel il appartient, soit à tous les États, et si l'État tiers y consent. Le consentement est présumé tant qu'il n'y pas d'indication contraire, à moins que le traité n'en dispose autrement »¹³²³.

Cela n'est toutefois pas le cas de l'article I A de la Convention de Vienne de 1997 dont aucun État tiers n'est fondé à en tirer un droit. D'abord, la formulation de l'article ne saurait laisser penser que les États contractants ont entendu conférer tel droit aux États tiers non contractants. Ensuite, et surtout, la réparation des dommages, « quel que soit le lieu où ils sont subis » ne vise pas à conférer un droit aux États tiers, mais à étendre les avantages de la Convention aux victimes en tant qu'individus, lequel découlera de législation intégrant la Convention¹³²⁴.

ii. Le Protocole de 2004 : un élargissement exhaustif à la Convention de Paris

325. Le choix complexe de l'exhaustivité. À la différence de la Convention de Vienne, la Convention de Paris réservait expressément son applicabilité aux accidents et dommages survenant sur le territoire des seuls États parties, sous réserve de l'adoption par une partie de « dispositions nationales plus généreuses »¹³²⁵. Certains avaient usé de cette faculté, la plupart ne l'avaient pas fait. Or, « cette disposition frileuse, en contradiction avec le principe pollueur-payeur¹³²⁶, ne pouvait résister à l'évolution de ce monde »¹³²⁷. Pour cela, le Protocole de 2004 est également venu insérer un nouvel article, lequel, bien que présentant une structure différente de celui du Protocole de 1997, est parvenu à un résultat quasi identique. En effet, la Convention de Paris de 2004 ne contient pas de règle générale établissant expressément son application *quel que soit le lieu où sont subis les dommages*. Au contraire, son nouvel article 2 énumère tous les cas dans lesquels elle va s'appliquer¹³²⁸. S'il devait appartenir « aux exégètes d'apprécier quel texte est le plus clair »¹³²⁹, nous ferons néanmoins ce cadeau au lecteur de lui en présenter une lecture simplifiée. Aux termes de cet article, la Convention de Paris s'applique donc au minimum¹³³⁰ aux dommages subis sur le territoire, dans les zones maritimes¹³³¹ et, sous réserve de certaines conditions, sur les engins immatriculés

¹³²³ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 36

¹³²⁴ Textes explicatifs, p. 35, note 95 : « [u]ne fois la Convention appliquée, ces victimes, y compris les États tiers ayant eux-mêmes subis des dommages nucléaires, auront bien sûr un droit à réparation, mais ce droit découlera de la législation nationale incorporant la convention, ou lui donnant autrement effet, et non directement de la convention en tant que source du droit international »

¹³²⁵ R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », *op. cit.*, p. 252.

¹³²⁶ Dont nous nuancerons de nouveau l'utilisation ici, voy. *supra* note n°1310.

¹³²⁷ R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », *op. cit.*, p. 252.

¹³²⁸ Convention de Paris (2004), art. 2.

¹³²⁹ R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », *op. cit.*, p. 253.

¹³³⁰ La Convention laisse en effet la possibilité aux États de prévoir un champ d'application plus large : voy. Convention de Paris (2004), art. 2.b.

¹³³¹ Pour la compréhension de la notion de zone maritime : voy. les explications relatives à la Convention de Vienne *supra* note n°1315.

- des États contractants¹³³² ;
- des États non contractants parties à la Convention de Vienne et en application du Protocole commun ;
- des États non contractants ne disposant d'aucune installation nucléaire ;
- des États non contractants si tant est qu'il possèdent une législation accordant des avantages équivalents (ou presque¹³³³) réciproques, et reposant, en sus, sur des principes équivalents à ceux de la Convention de Paris¹³³⁴ :

Ce champ d'application *ratione loci* permet donc d'assurer aux victimes le respect de certains droits tout en incitant les États à adhérer à cette convention. Autrement dit, il présente, sous une formulation complexe, une solution peu ou prou similaire à celui de la Convention de Vienne, laissant le choix aux États d'étendre le bénéfice de leur législation.

326. Une extension limitée à la Convention de Paris. Il faut cependant souligner que le Protocole de la Convention complémentaire de Bruxelles n'a pas repris les élargissements apportés au champ d'application géographique de la Convention de Paris¹³³⁵. Ce fait n'a toutefois rien d'étonnant. Cette réticence s'est avérée légitimée par l'objet de la Convention. Destinée à assurer une réparation complémentaire à la Convention de Paris, la Convention de Bruxelles organise un système de tranche d'indemnisation faisant appel aux contributions financières des États qui ont convenu de participer à ce régime complémentaire¹³³⁶. Le régime étant fondé sur une véritable réciprocité¹³³⁷, cet « argent public » doit être réservé aux victimes situées sur le territoire des États ayant choisi d'y adhérer : le raisonnement « est ce qu'il est », qu'il paraisse « logique pour certains et injuste à d'autres »¹³³⁸. Cela étant, la Convention de Bruxelles n'est pas le seul texte gravitant autour d'une convention *princeps*. Il convient également de revenir rapidement sur les deux textes évoluant autour de ces deux conventions, à savoir le Protocole commun et la Convention sur la réparation complémentaire de 1997.

b. Une modification per alter des conventions princeps

327. Le Protocole commun : le lien entre les États contractants. L'on sait depuis l'étude menée au Titre précédent que le fait de disposer de deux conventions sur la responsabilité civile nucléaire, même similaires, est un défaut congénital que les Secrétariats de l'Agence pour l'énergie nucléaire et de l'AIEA ont voulu pallier très rapidement. À la suite de longs travaux et de l'effet de l'accident de

¹³³² La Convention s'applique aux dommages subis à bord d'un aéronef ou d'un navire immatriculé dans ces mêmes États sans considération de l'endroit où le dommage est subi, et même en haute mer, sauf si ces engins se trouvent sur le territoire d'un État non contractant auquel les droits de la Convention ne sont pas étendus.

¹³³³ Le texte de 2004 prévoit la possibilité pour une partie de réduire le montant disponible de la réparation, si l'État non-contractant en présente un plus bas que celui prévu par la législation de l'État sur lequel se trouve l'installation mise en cause : *Convention de Paris* (2004), art. 7.g.

¹³³⁴ Voy. *Exposé des motifs* (2004), p. 5, § 10. L'exigence supplémentaire selon laquelle une telle législation doit reposer sur des principes identiques à ceux contenus dans la Convention de Paris vise à assurer que les victimes, qui subissent un dommage résultant d'un accident nucléaire survenu dans un tel État non Contractant, aient à l'encontre de l'exploitant responsable des droits équivalents à ceux dont bénéficieraient des victimes dans l'État non-Contractant à l'encontre de l'exploitant responsable en vertu de la Convention de Paris. L'introduction de cette exigence supplémentaire assure donc de façon concrète le respect du principe de réciprocité.

¹³³⁵ Le Protocole se contente d'étendre l'application de la Convention à la zone économique exclusive des parties contractantes ainsi qu'à leur plateau continental, pour les dommages « subis à l'occasion de l'exploitation ou de la prospection des ressources naturelles de cette zone économique exclusive ou de ce plateau continental » : voy. *Convention de Bruxelles* (2004), art. 2.a.iii.

¹³³⁶ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 2, § 1.

¹³³⁷ Rapprochez *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2.

¹³³⁸ J. SCHWARTZ, « Le droit international de la responsabilité civile nucléaire : l'après Tchernobyl », *op. cit.*, p. 61

Tchernobyl, l'adoption du Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris est donc venue instaurer une passerelle entre ces deux textes, laquelle était dotée de plusieurs finalités. La première consistait bien évidemment à étendre le champ géographique de cet ensemble conventionnel (tout en éliminant, dans un second temps, les conflits d'une application simultanée de chacune de ces conventions). Le Protocole commun a donc représenté une avancée notable concernant le champ d'application géographique du régime international. Il n'avait cependant pas résolu, à l'époque, la problématique liée à la situation des victimes situées dans des États tiers. Cela est certainement dû au fait que l'augmentation du nombre de victimes susceptibles d'être prises en compte en raison de son application avait déjà suscité des inquiétudes lors de son adoption¹³³⁹. Or, puisque cette question sera l'objet de développements ultérieurs, et puisqu'il ne sera pas question de présenter une seconde fois ce texte dans son entièreté¹³⁴⁰, nous passerons sur ce dernier et irons brièvement à l'étude de la réforme plus radicale ayant été entreprise : celle qui a ouvert la voie d'un régime unifié vers un régime mondial de responsabilité civile nucléaire.

328. La Convention sur la réparation complémentaire : la prise en considération des États tiers. L'on sait, en effet, que l'effort des États de voir naître un régime de responsabilité civile globalisé ne s'est pas arrêté au Protocole commun, puisque l'adoption de la convention sur la réparation complémentaire est venue élargir, de nouveau, l'application de cet ensemble conventionnel. Là aussi, il ne s'agira pas de présenter une étude complète de la Convention sur la réparation complémentaire. Elle a déjà pu faire l'objet de la même étude plus en amont de notre propos¹³⁴¹, et le système de réparation qu'elle institue sera présenté plus en aval¹³⁴². Nous rappellerons simplement que la Convention sur la réparation complémentaire visait à compléter le système de réparation prévu par les droits nationaux, que ces derniers aient donné effet aux conventions *princeps* ou qu'ils se soient conformés aux principes qu'elle énonce dans son annexe. Elle s'est donc inscrite dans la même logique de réciprocité instaurée par les amendements à la Convention de Paris et à la Convention de Vienne en permettant de lier par un instrument conventionnel les États parties aux conventions à ceux qui ne l'étaient pas, mais qui étaient « prêts à souscrire aux principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile nucléaire »¹³⁴³.

329. Conclusion intermédiaire. En résumé, la prise de conscience post-Tchernobyl des enjeux de l'accident nucléaire a permis un élargissement du champ d'application des conventions de responsabilité civile nucléaire, lequel est bienvenu lorsque, pour ajouter au risque transfrontière, certains entreprennent aujourd'hui l'exploitation de centrale nucléaire mouvante¹³⁴⁴. Cela étant, cet

¹³³⁹ L'élargissement du champ d'application *ratione loci*, mais également *ratione materiae* des conventions a effectivement pu inquiéter à l'endroit des montants disponible pour la réparation des victimes comme il le sera vu *infra* Chapitre 2.

¹³⁴⁰ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

¹³⁴¹ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

¹³⁴² Voy. *infra* Chapitre 2, Section 2, § 1.

¹³⁴³ B. MCRAE, « La Convention sur la réparation : sur la voie d'un régime mondial permettant de faire face à la responsabilité juridique et à l'indemnisation des dommages nucléaires », *op. cit.*, p. 28.

¹³⁴⁴ Tel est le cas de la Russie qui lancée en août 2019 sa première centrale nucléaire flottante d'une capacité pouvant alimenter en électricité une ville de 100 000 habitants. Sans préjuger de l'applicabilité de la Convention de Vienne à ce type de réacteur qui ne constitue pas notre objet d'étude, il ne ferait cependant peu de doute qu'elle constitue une installation au sens de la Convention dès lors qu'elle ne sert pas alimenter le

élargissement a également augmenté le nombre potentiel de victimes pouvant revendiquer un droit à réparation dans le cadre d'un accident nucléaire, et donc le nombre d'actions à cette fin. Or, quand un accident nucléaire est susceptible de s'étendre sur le territoire de plusieurs États, cette multiplication peut être source d'incertitude. Les rédacteurs des conventions avaient néanmoins inséré dès les textes originaires l'une des dispositions les plus importantes de ce système : celle qui, dans le contexte d'une convention internationale à large portée géographique, assure aux victimes le bénéfice d'une procédure unifiée.

B. Une centralisation de la mise en œuvre de la responsabilité

330. Les enjeux liés à la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant. Suivant la diversité des systèmes juridiques, un accident nucléaire unique pouvait conduire à des demandes en réparation devant plusieurs tribunaux ; celui du lieu de l'installation nucléaire, celui, en cas de transport, du lieu de l'accident, celui du lieu de domiciliation de l'exploitant ou encore de domiciliation de la victime demanderesse. Cette situation était susceptible de créer des incertitudes qui pouvaient être exacerbées par l'internationalisation du dommage. En effet, il ne faisait quasiment aucun doute que la complexité scientifique entourant la survenance d'un accident nucléaire nécessiterait la sollicitation préalable de procédures d'expertise longues et complexes, et que la corrélation d'instances engagées devant plusieurs tribunaux équivaldrait à une multiplication de ces mêmes procédures, autrement dit à un « gaspillage énorme de temps et de dépenses » et un « retard inutile et injustifiable »¹³⁴⁵. Par ailleurs, l'un des objectifs des conventions de responsabilité civile nucléaire étant d'assurer un traitement équitable pour toutes les victimes d'un même accident nucléaire, la réparation devait être assurée sans aucune discrimination qu'elle soit fondée sur la nationalité, le domicile ou la résidence¹³⁴⁶. Le respect du principe de non-discrimination inscrit dans les conventions imposait de prévenir l'hypothèse d'une multiplicité de compétences judiciaires susceptibles de le trahir en pratique, en raison des divergences législatives et psychologiques des juges. Enfin et surtout, la responsabilité de l'exploitant se trouvant limitée dans son montant¹³⁴⁷, il fallait prévenir le risque d'une répartition excédant la limite fixée par les conventions¹³⁴⁸. Posé en termes d'équation juridique, l'objectif à atteindre était peu ou prou évident ; chaque sinistre atomique devait équivaloir à un responsable et à un seul tribunal compétent.

moteur du navire la portant. Heureusement, à la différence de la Convention de Paris, la Convention de Vienne prévoit que le régime s'applique aux installations exploitées sur le territoire d'un État partie, ou « si elle n'est située sur le territoire d'aucun État, la Partie contractante qui l'exploite ou autorise son exploitation » [art. I]. Peu importe le lieu où se trouverait la centrale, la Convention de Vienne devrait donc pouvoir s'appliquer conformément aux règles précédemment étudiées.

¹³⁴⁵ Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine du nucléaire*, op. cit., pp. 458, 459

¹³⁴⁶ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 14.a ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XIII.

¹³⁴⁷ Dans l'attente des développements ultérieurs, il sied de relever que, dans le cadre des conventions de responsabilité civile nucléaire, cette limitation s'avère globale, dans le sens où il n'est pas procédé à une limitation par victime tel que cela est prévu par certaines conventions, notamment en matière de transport maritime ou aérien : voy. *infra* Chapitre 2, Section 2, § 1.

¹³⁴⁸ Voy. J. SCHWARTZ, « Responsabilité civile et réparation pour les dommages résultant d'un accident nucléaire », op. cit., p. 354 : « [e]n l'absence d'un tel principe [la solution ci-après énoncée], il y aurait peu de chance que soit respectée la limite de responsabilité de l'exploitant ; un tribunal recevant une demande de réparation pour dommage nucléaire ou accordant une indemnisation dans une juridiction, ne pourrait pas avoir connaissance de, ou contrôle sur un tribunal dans une autre juridiction exerçant les mêmes fonctions ». En ce sens voy. *Exposé des motifs* (2004), p. 40, § 92. ; J. HÉBERT, *La responsabilité au sens du Droit nucléaire*, T. II, Paris, 1962, pp. 190 et ss ; M-C. CAMIER, *Responsabilité et assurances du risque atomique dans les droits européens*, op. cit., pp. 130 et ss.

331. Plan. Pour cela, les rédacteurs des conventions de responsabilité civile se sont donc efforcés d'édicter la règle suivant laquelle, en cas d'accident nucléaire, la compétence juridictionnelle, et partant la compétence législative, devait être réservée à un seul tribunal (1.) faisant application de son seul droit national (2.)

1. « Un sinistre atomique = un responsable et un tribunal compétent »¹³⁴⁹

332. Plan. La détermination de la compétence internationale des tribunaux nationaux constitue la principale question de procédure affectée par le caractère international d'un litige (a.). Pour cela, peut-être, a-t-elle fait l'objet de contestations (b.)

a. Une compétence loci delicti commissi de principe

333. Un principe simplifiant les solutions traditionnelles. Une caractéristique importante du régime de responsabilité civile nucléaire a été l'établissement d'une instance compétente unique pour traiter toutes les actions en réparation. Ainsi, en vertu de l'article 13 de la Convention de Paris et de l'article XI de la Convention de Vienne, les tribunaux de la partie de l'État sur le territoire duquel s'est produit l'accident sont seuls compétents pour connaître des actions intentées au titre de ces conventions¹³⁵⁰. Cette règle générale connaît cependant deux tempéraments. Le premier concerne l'hypothèse dans laquelle un accident surviendrait en dehors du territoire d'une partie contractante ou dans un lieu qui ne puisse être déterminé avec certitude. Dans cette situation, les conventions prévoient la compétence des tribunaux de l'État où se situe l'installation dont l'exploitant est tenu responsable compte tenu de certaines règles applicables¹³⁵¹. Le second concerne l'hypothèse d'une situation dans laquelle les tribunaux de plusieurs parties contractantes pourraient s'avérer compétents. Il peut arriver, en effet, qu'en application des dispositions sus énoncées, il existe une concurrence de juridiction compétente ; tel est notamment le cas en cas de contamination continue. En pareil cas, et afin de maintenir l'unité de juridiction, les conventions de responsabilité civile nucléaire ont également envisagé plusieurs solutions¹³⁵². Ainsi, hormis ces dernières spécificités, il appert que le choix des rédacteurs des

¹³⁴⁹ J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, op. cit., p. 368.

¹³⁵⁰ *Convention de Paris* (2004), art. 13.a ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XI.1.

¹³⁵¹ Tel est par exemple le cas lorsque l'accident survient durant le transport de matières nucléaires en provenance ou à destination d'une installation nucléaire. Dans ces hypothèses, la détermination de l'exploitant responsable se fait selon qu'il soit l'expéditeur ou le destinataire des substances transportées. A ce titre, il conviendra également de préciser que suivant les modifications intervenues dans le droit international de la mer à la même période, et le fait que les conventions se soient inscrites dans cette tendance grandissante à assimiler la zone économique exclusive des États contractants au territoire des États, un accident survenant dans ladite zone impliquera la compétence du tribunal de l'État côtier. Un dommage qui surviendrait, en revanche, dans toute autre zone (en haute mer, au cours d'un transport maritime par exemple) ou dans un lieu impossible à déterminer avec certitude (une contamination continue en cours de transport) impliquera la compétence exclusive du tribunal de l'État Partie sur le territoire duquel est située l'installation de l'exploitant responsable : voy. *Convention de Paris* (2004), art. 4 et 13 b. et c ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. II et XI. 2) et A. GIOIA, « Les zones maritimes et les nouvelles dispositions en matière de compétence juridictionnelle dans le Protocole de Vienne de 1997 et dans la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires », op. cit., pp. 27-41, et rapprochez avec la *Convention relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matière nucléaire*, signée à Bruxelles le 17 décembre 1971, entrée en vigueur le 15 juillet 1975, RTNU, vol. 974, p. 255.

¹³⁵² Si l'accident nucléaire est survenu en partie en dehors du territoire de toute partie contractante et en partie sur le territoire d'une seule partie contractante, les tribunaux de cette dernière seront compétents pour connaître des actions en réparation. Dans tous les autres cas, et dans le cadre de la Convention de Paris, la compétence sera attribuée à l'un des tribunaux compétents désignés, à la demande d'une partie contractante intéressée, par le Tribunal Européen pour l'Énergie Nucléaire comme étant le plus directement lié à l'affaire. Dans le cadre de la Convention de Vienne, la compétence sera attribuée aux tribunaux de la partie contractante qui sera désignée par accord entre les parties contractantes dont les tribunaux auraient été compétents : voy. *Convention de Paris*, op. cit., art. 13.c. et (version consolidée), art. 13.f ; *Convention de Vienne*, op. cit., art. XI.3.

conventions de responsabilité civile nucléaire n'a constitué qu'une rupture quoique relative avec les règles générales du droit international privé.

Certes, le pragmatisme et le dogmatisme hérités du droit romain semblaient avoir conféré dans de nombreux États, du moins européens, une valeur de principe à la compétence fondée sur le domicile du défendeur, laquelle est inspirée de la règle *actor sequitur forum rei*¹³⁵³. Mais cette solution, qui n'aurait de toute façon pas trouvé d'application satisfaisante dans le cadre d'un accident nucléaire¹³⁵⁴, n'est pas absolue. L'objectif d'une bonne administration de la justice, qui tend à faciliter l'administration de la preuve, à favoriser l'accès au tribunal et à assurer la prévisibilité du *for*, a conduit à retenir plus fréquemment des critères de compétence internationale traduisant la proximité géographique entre le *for* et le litige. Ainsi, par dérogation à la compétence du juge du lieu du domicile du défendeur, il a souvent été admis que le *for* puisse également être celui du lieu du fait dommageable¹³⁵⁵. Mais cette solution, qui pourrait s'apparenter à la solution de principe retenue par les conventions, est en réalité source de difficultés quand doit s'observer l'incertitude entourant la notion de « fait dommageable ». Elles surgissent d'autant plus en cas de délit complexe, c'est-à-dire lorsque le lieu où se situe le fait susceptible d'entraîner une responsabilité diffère du lieu où ce fait a entraîné un dommage, et surtout en cas d'accident diffus survenant dans des États différents — ce qui pourrait potentiellement être le cas d'un accident nucléaire. D'apparence la difficulté n'a alors rien d'insurmontable, car on a pu admettre que le juge du lieu de l'événement causal et celui du lieu de survenance du dommage soient simultanément compétents ; le fait générateur et le dommage constituant deux éléments de rattachements aussi pertinents l'un que l'autre¹³⁵⁶. Il n'en demeure pas

¹³⁵³ La solution est aujourd'hui consacrée dans le droit de l'Union européenne : voy. *Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I bis)*, JOUE n° L 351, 20 déc. 2012, pp. 1-32, art. 4 ou *Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, adoptée à Lugano le 30 octobre 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, JOUE L339, 21 décembre 2007, p. 281-319, art. 2. Plus généralement voy. T. VIGNAL, *Droit international privé*, Paris, Sirey, 2020, pp. 350 et ss, 361 et ss ; B. HAFTEL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 61, 82 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2014, pp. 165 et ss ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 772 et ss.

¹³⁵⁴ Ce dernier peut être domicilié ailleurs que sur le lieu de son installation, s'il s'agit, par exemple, d'une entreprise multinationale.

¹³⁵⁵ La solution est aujourd'hui celle du droit de l'Union européenne, mais elle était déjà celle du droit français par prorogation de l'article 46 du Code de procédure civile : voy. not. *Règlement Bruxelles I bis*, op. cit., art. 7.2 ; *Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, op. cit., art. 5.3 ; T. VIGNAL, *Droit international privé*, op. cit., p. 369 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., pp. 793 et ss ; B. HAFTEL, *Droit international privé*, op. cit., p. 341 ; D. GUTMAN, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2009, pp. 215, 288 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Répertoire de droit international*, 2019, §§ 46 et ss ; H. SLIM, « Responsabilité civile délictuelle en droit international privé », *JCL Responsabilité civile*, fasc. 255-10, 2016. Elle est également la solution de principe retenue dans d'autres droits, bien qu'il conviendra toutefois de noter la particularité des États-Unis et le *Alien tort claims act* qui donne une compétence quasi universelle aux juridictions américaines en disposant que les juridictions fédérales sont compétentes pour toute action en responsabilité civile introduite par tout étranger qui se prétend victime d'une violation du droit des gens quel que soit le lieu où le délit a été commis et quelle que soit la nationalité du défendeur, à la seule condition de l'existence d'un contact minimum avec les États-Unis : voy. I. MOULIER, « Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 129-164.

¹³⁵⁶ Voy. CJCE, *Handelskvekerij G.J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA*, 30 novembre 1976, aff. 21/76, *Rec. CJCE*, p. 1735 dans lequel la Cour avait, dans une formule générale depuis constamment reprise, donné à la victime le choix entre l'un ou l'autre de ces deux lieux (un choix justifié par l'objectif de proximité du juge et du litige, et non par l'idée de faveur pour le demandeur). Il s'ensuit que désormais, lorsque le lieu de la matérialisation du dommage et le lieu de l'événement causal sont distincts, le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le juge de l'un ou de l'autre de ces lieux : CJUE, *Melzer c. MF Global UK Ltd*, 16 mai 2013, C-228/11 ; CJUE, *Kolassa*, 28 janvier 2015, C-375/13 et plus récemment CJUE, *Verein für Konsumenteninformation c/ Volkswagen AG*, 9 juillet 2020, aff. C-343/19. Notons toutefois que le tribunal du lieu du dommage n'est compétent que pour se prononcer sur le dommage subi dans son ressort, alors que le tribunal du lieu du fait générateur dispose d'une compétence générale : CJCE, *Fiona Shevill*, 7 mars 1995, aff. C 68/93, *Rec. CJCE*, p. I-415 et rapprochez L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris, Economica, 2008, pp. 195 et ss. Notons également que la solution reste valable en droit « commun » français, toujours par prorogation de compétence de l'article 46 du Code de procédure civile qui prévoit les deux titres de compétence : voy. sur ce point, outre les références citées *supra* note n°1355 A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux – Compétence internationale ordinaire – Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne », *JCL Droit international*, fasc. 581-20, 2018, sp. § 42.

moins que le principe énoncé par les conventions de responsabilité civile nucléaire visant à prioriser le lieu de l'accident – et donc le lieu du fait générateur – en constitue un palliatif anticipé permettant de résoudre ainsi toutes les difficultés liées à ces conflits de juridiction¹³⁵⁷. En dépit des difficultés que cela a pu soulever en droit de l'Union européenne pour ce qui concerne le Protocole de 2004¹³⁵⁸, et des incertitudes qui peuvent subsister à l'égard des États non parties aux conventions¹³⁵⁹, il reste que cette solution a l'avantage de la simplicité, en a témoigné l'affaire *Cooper vs Electric Power Company*¹³⁶⁰.

334. Un principe s'étendant au-delà des solutions traditionnelles. Une fois résolus les potentiels conflits de juridictions, il fallait encore s'assurer qu'un seul tribunal soit compétent pour le même accident nucléaire. Au-delà des distinctions susceptibles d'exister dans les droits internes à cet endroit, la détermination d'un tribunal unique répondait à l'objectif de suivi et de répartition équitable des fonds disponibles, y compris au niveau national. Dans le silence du texte originel de la Convention de Paris, cet enjeu a ainsi conduit le Comité de Direction de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire à recommander la désignation par les parties d'un tribunal compétent unique, et le Protocole de 2004

¹³⁵⁷ Nonobstant la solution sus-énoncée, nous pourrions en mesurer toutes les difficultés *infra*, sp. Partie II, Titre II, Chapitre 2.

¹³⁵⁸ Par application des règles régissant la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, l'adoption du règlement Bruxelles I a privé les États membres de la faculté d'adopter des conventions internationales dérogeant aux dispositions de ce règlement. Lors des révisions des Conventions, il a donc fallu convaincre les organes compétents de l'Union européenne de la pertinence des nouvelles dispositions envisagées pour que les Parties membres de l'Union soient autorisées à ratifier les Protocoles de révision. Or si cette possibilité de déroger aux règles établies par l'Union dans le cadre des conventions internationales est désormais inscrite au sein des textes pertinents, il reste que cela a posé difficulté pour la ratification du Protocole de 2004 puisque l'article 13 (dérogeant aux règles du droit de l'Union en posant un *for* unique) a fait l'objet d'une modification. L'Union a donc imposé aux États membres de l'Union et parties de la Convention de Paris de déposer simultanément leurs instruments de ratifications afin d'assurer l'harmonisation des solutions. Ces États étant majoritaires au sein de la Convention de Paris, cela explique, en partie, que le texte ait mis 18 ans à entrer en vigueur : voy. *Décision du Conseil 8 mars 2004 autorisant les États membres qui sont parties contractantes à la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire à ratifier, dans l'intérêt de la Communauté européenne, le protocole portant modification de ladite convention, ou à y adhérer*, 2004/294/CE, JO L097, 8 mars 2004, pp. 53-54 et, pour le Protocole d'amendement à la Convention de Vienne : *Décision du Conseil du 15 juillet 2013 autorisant certains États membres à ratifier le protocole d'amendement de la convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, ou à y adhérer, dans l'intérêt de l'Union européenne, et à faire une déclaration relative à l'application des dispositions internes pertinentes du droit de l'Union*, 2013/434/UE, JO L 220, 17 août 2013, pp. 1-2.

¹³⁵⁹ Du point de vue de l'Union européenne, ces règles révèlent en effet une faiblesse : celle de l'hypothèse dans laquelle les dommages seraient subis sur le territoire d'une partie non-contractantes. En effet, parce que ces règles ne s'appliquent que dans le champ des conventions étudiées, rien n'empêcherait concrètement les tribunaux d'un État membre de l'Union européenne non parties aux conventions d'accueillir une demande en réparation sur le fondement des autres critères de rattachement qu'autorise ce règlement (comme le lieu de survenance du dommage) et même condamné l'exploitant (ou même toute autre personne puisque le principe de canalisation ne serait pas applicable) sur le fondement de leur droit avant de rendre la décision exécutoire sur le sein du territoire d'un État membre. Cela serait possible en vertu du règlement *Bruxelles I bis* suscitée qui, nous le verrons, n'exclue pas les dommages nucléaires de son champ d'application. Cela menacerait ainsi le principe de canalisation ainsi que les justifications du principe de l'unicité de juridiction concernant le contrôle des disponibilités des montants de réparation : voy. sur cette problématique J. HANDRLICA, « Le règlement de Bruxelles I et la responsabilité nucléaire », *BDN*, vol. 86, 2010/1, pp. 33-53 et A. BORRÁS, « La fragmentation des sources du droit international privé communautaire. Le cas de la responsabilité nucléaire » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 31 et ss. Cette solution est d'ailleurs confirmée par les décisions *Décision du Conseil du 15 juillet 2013 autorisant certains États membres à ratifier le protocole d'amendement de la convention de Vienne du 21 mai 1963*, *op. cit.*, § 7 ; *Décision du Conseil 8 mars 2004 autorisant les États membres qui sont parties contractantes à la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire à ratifier, dans l'intérêt de la Communauté européenne, le protocole portant modification de ladite convention, ou à y adhérer*, *op. cit.*, § 8.

¹³⁶⁰ Comme vu *supra* note n°1355, l'*Alien Tort Claim Act* donne une compétence très élargie aux tribunaux américains. Or, cela n'a pas été sans difficulté dans l'affaire *Cooper v. Electric Power Company*. Cette affaire concernait une plainte déposée à la suite de l'accident de Fukushima par des membres de l'*US Navy* étant intervenus près de Fukushima. Or, ni les États-Unis ni le Japon ne sont parties aux conventions de responsabilité civile nucléaire. Quoique les États-Unis aient adapté leur législation en raison de leur adhésion à la Convention sur la réparation complémentaire, celle-ci prévoit la non-rétroactivité des principes contenues dans l'annexe aux accidents survenus avant son entrée en vigueur. En première instance, le tribunal états-uniens avait rejeté sa compétence en application de la doctrine « de la question politique », car le litige concernait des prérogatives du pouvoir exécutif et législatif japonais. Sur le fondement de l'*Alien Tort Claim*, la Cour d'appel a toutefois refusé de renvoyer l'affaire devant les tribunaux japonais malgré une demande du Japon sur le fondement de la courtoisie internationale et du *forum non conveniens*, qui autorise discrétionnairement aux juges de ne pas exercer leur compétence internationale dès lors qu'ils estiment qu'il serait plus opportun qu'il soit tranché par un *for* étranger.

à en consacrer la portée¹³⁶¹. Quant aux rédacteurs de la Convention de Vienne, ils ont également fait le choix d'insérer cette prescription lors de l'adoption du Protocole de 1997¹³⁶².

Somme toute, s'il faut encore une fois rappeler la force exécutoire des jugements rendus¹³⁶³, ce choix de déterminer la juridiction compétente eu égard au lieu de l'accident nucléaire, s'il ne tranche pas radicalement avec le droit commun, demeure empreint d'une certaine originalité. Cette originalité a trouvé sa justification dans la nécessité d'assurer une protection efficace et adéquate aux victimes d'accident nucléaire tout en respectant les autres principes du régime, notamment le principe de canalisation et de limitation de la responsabilité de l'exploitant. Pour cela, nombreux sont encore les régimes internationaux de responsabilité qui se sont également inspirés de cette solution. Néanmoins, parce que ces régimes ont aussi pu présenter des solutions qui ont semblé davantage favoriser le sort des victimes, ils ont participé à mettre en échec la justification de ce principe déjà fortement discuté.

b. Une compétence loci delicti commissi discutée

335. Les critiques avancées à l'encontre du principe. La principale critique avancée à l'encontre du principe de l'unicité de juridiction a reposé sur le caractère transfrontière de l'accident nucléaire. Pour les tenants du principe de multiplicité des compétences juridictionnelles, le principe d'unicité des juridictions s'avérait inadapté aux accidents de grandes ampleurs ou aux accidents survenant au cours d'un transport en dehors du territoire d'un État partie à la convention en vigueur. Dans ces situations, les dommages auraient été causés à des distances éloignées du lieu de l'accident ou du territoire sur lequel se serait trouvée l'installation en cause. Les victimes étrangères ou « internationales »¹³⁶⁴ auraient alors été contraintes de former leurs actions devant un tribunal éloigné et se seraient vues confrontées à des difficultés non négligeables. Pour ces commentateurs, il apparaissait ainsi injuste qu'il soit mis à la charge de ces victimes – dont les revendications ne pouvaient être que « justes et légitimes »¹³⁶⁵ – le temps et les dépenses nécessaires pour effectuer les déplacements essentiels à la réalisation de leurs prétentions. Ce « fardeau trop pénible et trop onéreux » aurait ainsi été diamétralement opposé à l'objectif poursuivi par le régime de responsabilité civile nucléaire¹³⁶⁶. Plus encore, d'aucuns ont considéré que la solution de l'unicité porterait, au fond, atteinte au principe de non-discrimination garantie par les conventions. En effet, parce que le tribunal compétent serait bien souvent celui de l'État sur le territoire duquel se situe l'installation nucléaire, des liens politiques et économiques avec l'industrie nucléaire seraient susceptibles de remettre en cause son impartialité¹³⁶⁷.

¹³⁶¹ Voy. Comité de Direction, « Recommandation du 3-4 octobre 1990 », NE/M(90)2 in OCDE/AEN, *Convention de Paris – Décisions, recommandation, Interprétation, op. cit.*, p. 15 ; *Convention de Paris* (2004), art. 13.h.

¹³⁶² Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. XI.4 ; *Textes explicatifs*, p. 68, note 190.

¹³⁶³ *Convention de Paris* (2004), art. 13.i ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XII. Rappelons que s'il n'y a aucune immunité de juridiction dans le cadre des conventions, l'immunité d'exécution y est néanmoins maintenue : *Convention de Paris* (2004), art. 13.j ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XIV.

¹³⁶⁴ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 15.

¹³⁶⁵ Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine du nucléaire, op. cit.*, p. 465 mettant ainsi en lumière l'innocence des victimes qui n'auraient « participé ni de près, ni de loin, à la production de leur préjudice, quel que soit l'exploitant responsable ».

¹³⁶⁶ Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine du nucléaire, op. cit.*, p. 466.

¹³⁶⁷ Voy. D.E.J. CURRIE, "The Problems and Gaps in the Nuclear Liability Conventions and an Analysis of How an Actual Claim would be brought under the Current Existing Treaty Regime in the Event of a nuclear Accident", *DJILP*, vol. 35, 2006, p. 95. Il convient néanmoins de souligner que l'auteur plaide principalement pour un tribunal indépendant et spécialisé : voy. note ci-dessous.

336. La relativisation des critiques à l'encontre du choix de l'unicité. Il ne faut pas croire que de tels inconvénients pratiques aient échappé aux rédacteurs des Conventions. Simplement, il était impossible de trouver une solution qui permettrait « aux victimes d'agir devant leurs tribunaux nationaux, tout en maintenant l'unité de juridiction »¹³⁶⁸. Quoique la réticence des États à accueillir des solutions novatrices nous autorise à mettre en doute ce constat fataliste¹³⁶⁹, les critiques formulées à l'encontre du principe de l'unicité de juridiction peuvent néanmoins être relativisées. Premièrement, on ne manquera pas de remarquer que lors des révisions des Conventions, les États ont essayé de pallier ces difficultés. Les textes révisés prévoient en effet la possibilité pour un État de représenter ses ressortissants devant les tribunaux compétents suivant un mécanisme rappelant celui de la subrogation ou du *parens patriae*¹³⁷⁰, par principe très restrictif¹³⁷¹. Deuxièmement, il convient de ne pas surestimer le rôle des tribunaux dans la gestion des demandes en indemnisation. Parce que les conventions confèrent une certaine liberté aux États sur la nature, la forme, l'étendue de la réparation et la répartition des indemnités¹³⁷², il est fort probable que les actions en réparation soient directement réceptionnées par les exploitants et leurs assureurs, les tribunaux ne servant que pour établir et valider les procédés de réparation¹³⁷³. Troisièmement, si l'argument relatif à la discrimination engendrée par le principe de l'unicité peut être confronté à l'argument selon lequel le principe permettrait justement de lutter contre la faveur des tribunaux étrangers envers leurs ressortissants¹³⁷⁴, tous deux restent *in fine* strictement spéculatifs. Pareillement, on pourrait même présumer que

« la pression politique qui ne manquera pas de s'exercer [en cas d'accident nucléaire] aussi bien sur les tribunaux que sur les gouvernements confrontés à cette situation sera peut-être de nature à faire

¹³⁶⁸ *Exposé des motifs* (1982), p. 14, § 55 ; *Exposé des motifs* (2004), p. 42, § 95.

¹³⁶⁹ Des alternatives ont en effet été proposées au principe de l'unicité de juridiction lors de la révision de la Convention de Vienne. Ainsi plusieurs amendements ont été mis sur la table visant à la création d'un tribunal international unique ou d'une commission d'examen indépendante. Or ces propositions ont rencontré une vive opposition des États nucléaires. De même, la proposition a été formulée en doctrine de s'inspirer du mécanisme de la Convention sur la pollution par hydrocarbures de 1969 dont les articles V et VI autorisent aux victimes d'introduire leurs demandes d'indemnisation devant les tribunaux de tout État contractant où les dommages ont été subis, avant que le propriétaire responsable n'ait constitué un fond auprès d'un tribunal quelconque, lequel deviendra alors le seul compétent pour statuer sur la répartition et la distribution de ces fonds. Voy. *Textes explicatifs*, p. 62, note 170 ; A. GIOIA, « Les zones maritimes et les nouvelles dispositions en matière de compétence juridictionnelle dans le Protocole de Vienne de 1997 et dans la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires », *op. cit.*, pp. 30-31 ; J. LOPUSKI, *Liability for Nuclear Damages, an International Perspective*, National Atomic Energy Agency, Warsaw, 1993, p. 67 ; D.E.J. CURRIE, "The Problems and Gaps in the Nuclear Liability Conventions and an Analysis of How an Actual Claim would be brought under the Current Existing Treaty Regime in the Event of a nuclear Accident", *op. cit.*, pp. 94-95. Voy. pour comparaison également les différentes options présentées par la *Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement* (Convention de Lugano), signée le 21 juin 1993, non entrée en vigueur, STE, n°150, art. 19.

¹³⁷⁰ *Convention de Vienne* (1997), art. XI.A. ; *Convention de Paris* (2004), art. 13.g.

¹³⁷¹ S'il arrive devant une juridiction internationale qu'un État intervienne *parens patriae* (voy. pour exemple CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, *Rec. CIJ*, p. 43), rien n'assure qu'un État étranger puisse être recevable à porter demande devant les tribunaux du for si en agissant de la sorte il devait « revêtir la toge pourpre de l'imperium ». Tel est du moins le cas en droit français où la position de l'État demandeur agissant *de jure imperii* ne serait admise que lorsque « la solidarité internationale ou la convergence des intérêts en cause le commande » – ce qui, au reste, est relativement imprécis : voy. J. DEHAUSSY, « Le statut de l'État étranger demandeur sur le for français : droit international coutumier et droit interne », *JDI*, 1991, p. 113 ; Cass. civ. 1, 2 mai 1990, n°88-14.687, *République de Guatemala*, *Bull. civ. I*, n°91, p. 68 ; Cass. civ. 1, 29 mai 1990, n°88-13.737, *Bull. civ. I*, n°123, p. 87 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 691 et ss., sp. p. 700.

¹³⁷² *Convention de Paris* (2004), art. 11 ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. VIII.

¹³⁷³ Voy. OCDE/AEN, *Indemnisation des dommages en cas d'accident nucléaire, Compte rendu d'un atelier*, Paris, Ed. OCDE, 2001, p. 44 et ss. On ne pourra pas s'empêcher de voir ici un parallèle avec le traitement de l'affaire AZF en droit français, où l'indemnisation par Total avait fait l'objet d'une convention approuvée par le tribunal de Toulouse sur laquelle on aura l'occasion de revenir *infra* Partie II.

¹³⁷⁴ J. HEBERT, *La responsabilité au sens du droit nucléaire, op. cit.*, pp. 191 et ss et Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine du nucléaire, op. cit.*, p. 463, pour qui « si la multiplicité des tribunaux compétents, en cas d'accident nucléaire d'ampleur internationale peut dans une certaine mesure faciliter la tâche des victimes, elle risquerait de mettre en cause l'impartialité même des autorités judiciaires. Des craintes, en effet, pourraient être ressenties soit par l'exploitant responsable, soit par certaines victimes. L'exploitant pourrait estimer que les tribunaux se montrent trop favorable à l'admission d'action fantaisistes de leurs ressortissant ».

céder les digues juridiques et faire prévaloir des solutions politiques destinées à apaiser les populations »¹³⁷⁵.

Surtout, puisque c'est un risque de partialité des juges que l'on a craint ici, il reste que ce dernier subsisterait quelle que soit la solution retenue. La discrimination supposant un traitement différencié d'individus dans une situation comparable, le principe d'unicité de la juridiction et de droit applicable nous paraît même constituer le meilleur moyen d'assurer le respect de ce principe une fois les victimes devant le juge. Cette référence au droit applicable nous guide vers notre quatrième et dernière objection. En effet, si tant la théorie de l'unicité que celle de la multiplicité présentent des avantages, il reste un dernier argument en faveur de l'unicité, qui trouve sa raison d'être dans d'autres dispositions des conventions. Une fois le tribunal compétent identifié, la question subsiste quant à la détermination du droit applicable. Or, la réponse à cette question est fortement conditionnée à la détermination de la compétence juridictionnelle. Malgré l'effort des rédacteurs des conventions pour répondre aux exigences et aux impératifs de l'industrie nucléaire par l'unification des règles de fond de la responsabilité civile, ces conventions n'ont en effet pas pu prévoir une réglementation entièrement uniforme, c'est-à-dire couvrant tous les aspects de la responsabilité civile en cas d'accident nucléaire. Forcés de laisser une certaine latitude aux États parties, les rédacteurs ont donc dû prévoir certaines règles relatives au droit applicable par le tribunal compétent. Or, cette détermination du droit applicable par les tribunaux a pu constituer un facteur décisif dans le choix de l'unicité de juridiction ; à tout le moins pour ceux qui n'y ont pas vu l'obstacle aux idéaux que ce principe d'unité entendait poursuivre.

2. Un tribunal compétent = un droit national subsidiairement applicable

337. Un renvoi à la *lex fori* limité. Les conventions de responsabilité civile nucléaire énoncent une réglementation uniforme que doivent appliquer toutes les parties contractantes. Leurs dispositions exécutoires, incorporées dans le système juridique national ou la législation nationale spécialement promulguée, constituent le droit matériel applicable par le tribunal désigné compétent : la *lex causae* (loi applicable à la cause) est donc, par principe, la *lex fori* (loi du *for*). C'est néanmoins « un fait bien connu que les dispositions contenues dans les conventions internationales d'unification du droit ne peuvent régler qu'une partie très restreinte des rapports juridiques internationaux envisagés »¹³⁷⁶.

338. Plan. Pour cela, alors que la *lex fori* devait avoir suscité quelques critiques (a.), les rédacteurs des Conventions de Paris et de Vienne n'ont jamais prétendu couvrir l'ensemble des aspects de la responsabilité civile. Certaines questions non réglées par les textes conventionnels imposent donc un renvoi au droit du tribunal compétent (b.)

¹³⁷⁵ P. REYNERS, « Accidents nucléaires, urgences radiologiques, dommages et responsabilité », *op. cit.*, p. 233.

¹³⁷⁶ T. BALLARINO, « La réparation des dommages catastrophiques, Problèmes de droit international privé » in T. BALLARINO, J. VERHOEVEN (dirs), *La réparation des dommages catastrophiques*, *op. cit.*, p. 74 ; N. PELZER, « Facing the challenge of nuclear mass tort processing », *BDN*, vol. 99, 2017/1, p. 46.

339. L'exemple de l'affaire *Merlin v. British Nuclear Fuel, PLC*. L'application de la loi nationale du tribunal *loci delicti commissi* compétent combiné au principe de la compétence exclusive de ce tribunal constituerait « *an immense disadvantage* »¹³⁷⁷. Telle est du moins l'opinion formulée par Duncan CURRIE au regard de l'affaire *Merlin v. British Nuclear Fuel PLC*. Dans cette affaire, le juge britannique avait refusé d'attribuer des dommages et intérêts aux plaignants dont la maison avait été contaminée par des radionucléides émanant de la centrale de Sellafield au Royaume-Uni. Craignant pour la santé de leurs enfants, les plaignants avaient, en effet, choisi de déménager, et avaient alors été contraints de vendre leur bien pour la moitié de sa valeur du fait de cette contamination¹³⁷⁸. Or, le juge avait argué que la contamination de la maison ne l'avait pas « physiquement affectée », si bien que l'exposition ne pouvait pas constituer un « dommage aux biens » au sens de la loi de 1965 sur les installations nucléaires. En outre, concernant la présence potentielle de radionucléides dans les voies aériennes, digestives et dans le sang des habitants, le juge avait considéré qu'elle ne faisait qu'augmenter le risque de cancer auquel chaque personne est exposée de manière naturelle et artificielle, et que cette seule présence ne constituait donc pas un préjudice réparable *per se*¹³⁷⁹. Considérant enfin qu'il était dans la nature même d'une installation nucléaire qu'elles contaminent les habitations locales¹³⁸⁰, le juge avait fait reposer la décision sur le principe du *floodgates argument*¹³⁸¹. Pour l'auteur suscitée, plaidant en faveur d'un tribunal international indépendant, la décision ferait donc montre de la difficulté à laquelle serait confrontée une victime étrangère du fait de l'interprétation possiblement faite par les juridictions britanniques du dommage nucléaire¹³⁸².

340. La relativisation de l'argument. Si l'on comprend cet argument, il reste relativisable. Il y a certainement un risque pour les victimes de se trouver confrontées à l'application d'un droit national faisant exécution des dispositions de la Convention et de ne pas y retrouver les standards de réparation de son propre droit national. Néanmoins, il n'est à pas douter, qu'à l'instar du principe d'unicité de juridiction, l'application de la *lex fori* doit permettre d'assurer un résultat plus équitable.

¹³⁷⁷ D.E.J. CURRIE, "The Problems and Gaps in the Nuclear Liability Conventions and an Analysis of How an Actual Claim would be brought under the Current Existing Treaty Regime in the Event of a nuclear Accident", *op. cit.*, p. 94.

¹³⁷⁸ *Merlin v. British Nuclear Fuel, PLC*, [1990] 3 All E, pp. 711 et ss.

¹³⁷⁹ *Merlin v. British Nuclear Fuel, PLC*, *op. cit.*, p. 721: "the presence of alpha emitting radionuclides in the human airways or digestive tracts or even in the bloodstream merely increase the risk of cancer to which everyone is exposed from both natural and artificial radioactive sources. They do not *per se* amount to injury". Plus tard, dans l'affaire *Blue Circle Industries plc v. Ministry of Defence case*, la Cour d'appel a repris dans une certaine mesure la solution rendue dans l'arrêt *Merlin*. En l'espèce, à la suite d'une tempête ayant détrempé un terrain appartenant au ministère de la Défense, un débordement avait, à son tour, contaminé un terrain marécageux voisin appartenant à la Compagnie *Blue Circle Industries*. Le déblaiement de la couche en surface de ce terrain marécageux avait alors provoqué une dépréciation de la valeur du terrain en question. La Cour d'appel a ici considéré qu'il y avait bien eu une altération des caractéristiques du terrain, mais que celle-ci n'était pas due à la contamination en tant que telle, mais au fait que le plutonium était tellement mêlé au sol qu'il apparaissait impossible de le séparer de celui-ci. Une nouvelle fois, les tribunaux n'ont donc pas voulu reconnaître que la contamination constituait en soi « un dommage physique » : voy. *Blue Circle Industries plc v. Ministry of Defence* [1998] 3 All ER 385, [1999] Ch 289 ; AEN, « Décision de la Cour d'appel relative à la définition des dommages aux biens au sens de l'article 7(1)(a) de la Loi de 1965 sur les installations nucléaires (1998) », *BDN*, vol. 62, 1998/2, pp. 59-60.

¹³⁸⁰ *Merlin v. British Nuclear Fuel, PLC*, *op. cit.*, p. 720 : "It is in the nature of nuclear installations that there will be some additional radionuclides present in the houses of the local population"

¹³⁸¹ Le *floodgates argument* est un principe juridique utilisé par les juges pour restreindre ou limiter le droit de réclamer des dommages-intérêts, parce que le fait d'accéder à la requête d'un demandeur pourrait ouvrir des « vannes » métaphoriques à un grand nombre de réclamations et de poursuites. Ce principe est le plus souvent invoqué dans les pays de Common law, en particulier, en droit anglais.

¹³⁸² Voy. D.E.J. CURRIE, "The Problems and Gaps in the Nuclear Liability Conventions and an Analysis of How an Actual Claim would be brought under the Current Existing Treaty Regime in the Event of a nuclear Accident", *op. cit.*, pp. 94 et ss.

D'abord conforme au principe de non-discrimination¹³⁸³, ce principe permet de ne pas créer de distorsions de jugement dans le traitement des victimes d'un même accident nucléaire, justiciables d'un même tribunal et soumises à la même loi ; une loi dont les victimes, comme l'exploitant, auront d'ailleurs la possibilité de prendre facilement connaissance¹³⁸⁴. L'application de la même loi à tous faciliterait ainsi la répartition équitable des indemnités allouées, dont il ne faut pas oublier que la disponibilité constitue un point nodal de la mise en œuvre de ce régime¹³⁸⁵. Ensuite, le fait que le juge risque de se montrer strict dans l'appréciation des dommages subis par les victimes pourrait être contrebalancé par l'idée déjà formulée que « la pression politique » qui ne manquerait pas de s'exercer en cas d'accident nucléaire, puisse être de nature à « faire céder les digues juridiques et faire prévaloir des solutions politiques destinées à apaiser les populations »¹³⁸⁶. Dans ce contexte, il pourrait donc se produire une appréhension du dommage plus soucieuse des besoins des victimes. Cela étant, l'argument est de nouveau spéculatif, et le nombre de victimes potentielles pourrait également conduire le juge à serrer la vis concernant la réception de certains dommages, et ce quand, en amont, le régime conventionnel montre déjà une approche relativement restrictive¹³⁸⁷. Enfin, et surtout, il ne faut pas surestimer ce renvoi à la *lex fori*. Comme nous l'avons énoncé, s'il revient au droit du tribunal compétent de régler certaines questions non régies par les conventions, cela ne signifie pas qu'il sera fait une application complète et exclusive de la *lex fori*. Grand facteur d'incertitude pour Tito BALLARINO, le droit national rendant exécutoires les dispositions des conventions s'est en effet superposé aux règles nationales édictant les règles de conflits spéciales, ce qui participe grandement à brouiller la compréhension du régime à l'endroit du droit véritablement applicable¹³⁸⁸.

b. Un renvoi complexe à la lex fori

341. La compréhension du renvoi au droit du tribunal compétent. Le renvoi au droit national opéré par les conventions est doublement justifié. D'une part, il est relatif à la motivation du régime de responsabilité civile nucléaire qui est d'établir des règles internationales dérogatoires au droit commun « dans la mesure où elles sont rendues nécessaires par la spécificité du risque créé »¹³⁸⁹. Le régime n'a donc pas vocation à faire œuvre d'une unification totale du droit civil dans un domaine particulier. D'autre part, les questions relatives à la réparation des dommages dans les droits communs nationaux, souvent de source jurisprudentielle et de tradition ancienne, étaient trop bien ancrées pour en internationaliser totalement les modalités¹³⁹⁰. C'est pourquoi, aux termes des conventions de responsabilité civile, de nombreuses questions, qu'elles soient relatives à la nature, la forme et l'étendue de la réparation, à la répartition équitable des indemnités¹³⁹¹, voire au caractère

¹³⁸³ *Convention de Paris* (2004), art. 14 ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XIII.

¹³⁸⁴ Voy. Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine du nucléaire*, *op. cit.*, pp. 462-464 ; P. STROHL, « Bilan de recherche », *op. cit.*, p. 149 ; J. HEBERT, *La responsabilité au sens du droit nucléaire*, *op. cit.*, pp. 191 et ss

¹³⁸⁵ Voy. *infra* Chapitre 2.

¹³⁸⁶ P. REYNERS, « Accidents nucléaires, urgences radiologiques, dommages et responsabilité », *op. cit.*, p. 233.

¹³⁸⁷ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 1.

¹³⁸⁸ Voy. T. BALLARINO, « La réparation des dommages catastrophiques, Problèmes de droit international privé », *op. cit.*, p. 77

¹³⁸⁹ P. STROHL, « Bilan de recherche », *op. cit.*, p. 147.

¹³⁹⁰ P. STROHL, « Bilan de recherche », *op. cit.*, p. 147.

¹³⁹¹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 11 ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), et art. VIII

réparable de certains dommages¹³⁹² (la liste n'est pas exhaustive¹³⁹³), doivent être régies par le *droit du tribunal compétent*. Il faut toutefois ne pas se méprendre sur la compréhension et la portée de ce principe. D'abord, le droit du tribunal compétent n'est pas le seul droit national susceptible d'être invoqué. Le droit de l'État sur lequel se trouve l'installation peut également trouver à s'appliquer lorsque (exceptionnellement) ses tribunaux ne sont pas compétents en vertu des règles sus évoquées¹³⁹⁴. Ensuite, et sauf exception¹³⁹⁵, le droit du tribunal compétent doit systématiquement inclure toutes les règles relatives aux conflits de lois qui ne sont pas affectées par les règles des conventions¹³⁹⁶. Seule l'adoption du Protocole de 2004 est venue quelque peu complexifier cette compréhension pour les États parties à la Convention de Paris¹³⁹⁷. Outre l'application par le tribunal des dispositions exécutoires de la convention applicable, il en résulte que le « droit du tribunal compétent » résiduellement applicable peut être la *lex fori*, c'est-à-dire le droit matériel de l'État dont les tribunaux ont la compétence juridictionnelle, ou le droit d'un autre État : l'un ou l'autre devant alors être appliqué comme le droit tiré de la Convention, c'est-à-dire sans aucune discrimination qu'elle soit fondée sur la nationalité, le domicile ou la résidence¹³⁹⁸. On peut dès lors comprendre tant la difficulté susceptible de résulter de cette inclusion, que les justifications des rédacteurs d'avoir justement choisi l'application du droit du tribunal compétent.

342. Les justifications du renvoi au droit du tribunal compétent. Jusqu'à l'adoption du Règlement Rome II concernant les États membres de l'Union européenne, le principe qui prévalait à l'endroit du droit de la responsabilité extracontractuelle en droit international privé était le principe de la *lex loci delicti*, c'est-à-dire que la loi applicable correspondait à celle du lieu où le fait dommageable s'était produit¹³⁹⁹. Cette règle très ancienne, dont l'application remonte au Moyen-âge et à une époque où il existait peu de cas de distorsion entre le lieu du fait générateur et du dommage, avait pour elle

¹³⁹² Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier.1.k.

¹³⁹³ Le droit du tribunal compétent peut intervenir à l'égard d'autres questions, notamment pour déterminer de la possibilité d'exercer une action directe à l'encontre de la personne qui fournit la garantie financière, l'obligation pour l'exploitant indemniser la victime s'étant rendu responsable de la survenance de son dommage ou encore concernant les délais de prescriptions applicables etc.

¹³⁹⁴ Les Conventions de responsabilité civile nucléaire renvoient ainsi, sur certains points explicitement énoncés, au pouvoir discrétionnaire des États parties sur le territoire desquels se trouvent l'installation. Dans ces situations, le tribunal compétent devra alors s'en remettre à la législation ou aux décisions prises par l'État où se trouve l'installation nucléaire. Cela concerne par exemple les décisions par lesquelles l'État va désigner l'exploitant d'une installation nucléaire [*Convention de Paris* (2004) art. 1.a.vi ; *Convention de Vienne* (1963, 1997) I.1.c], ou qu'il va décider que plusieurs installations nucléaires constituent une seule installation [*Convention de Paris* (2004) art. 1.a.ii ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. I.1.j]. Cela peut également concerner les décisions relatives à l'application de la Convention aux États non contractant [*Convention de Paris* (2004), art. 2 ; *Convention de Vienne* (1997), art. I.A]. Cela peut encore concerner l'application de la responsabilité aux dommages causés par les rayonnements ionisants [*Convention de Vienne* (1963), art. Premier.1.k.iii].

¹³⁹⁵ On notera en effet une petite exception dans la Convention de Vienne de 1997 qui, nous le verrons, autorise la réparation d'une certaine catégorie de dommages « si le droit général du tribunal compétent concernant la responsabilité civile le permet », ce qui imposerait l'application de la *lex fori* : voy. *Convention de Vienne* (1997), art. Premier.1.k.vii ; *Textes explicatifs*, pp. 42-43.

¹³⁹⁶ Voy. *Conventions de Vienne* (1963, 1997), art. premier 1.e. ; *Textes explicatifs*, p. 58 ; *Exposé des motifs* (1982), p. 15, § 60.

¹³⁹⁷ L'article 14 de la Convention de Paris de 2004 dispose que « [l]e "droit national" et la "législation nationale" signifient le droit ou la législation nationale du tribunal compétent en vertu de la présente Convention pour statuer sur les actions résultant d'un accident nucléaire, à l'exclusion des règles relatives aux conflits de lois ». Il en résulterait que l'inclusion des règles du droit international privé n'est autorisé par texte de 2004 que lorsque celle-ci fait référence « au droit du tribunal compétent ». Cela aurait reflété pour les parties l'état du droit international privé sans priver le tribunal du droit de statuer sur des questions de droit international privé qui ne sont pas déterminées par le choix des règles de droit aux termes de la Convention : voy. *Convention de Paris* (2004), art. 14 ; *Acte final de la Conférence sur la révision de la Convention de Paris*, *op. cit.*, p. 86, § 38. Nous verrons toutefois que l'état du droit international privé a changé depuis l'adoption de ce Protocole, à tout le moins dans le cadre de l'Union européenne dont il faut rappeler la forte présence de ces membres parmi les États contractants de cette Convention.

¹³⁹⁸ *Convention de Paris* (2004), art. 14 ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XIII.

¹³⁹⁹ Tel est le cas en droit Chinois, Indien, anglais etc. : voy. D.E.J. CURRIE, "The Problems and Gaps in the Nuclear Liability Conventions and an Analysis of How an Actual Claim would be brought under the Current Existing Treaty Regime in the Event of a nuclear Accident", *op. cit.*, p. 97. Pour une étude exhaustive du droit français mais également pour un aperçu des droits étrangers, voy. sp. G. LARDEUX, « Source extracontractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable », *JCL Civil Code*, fasc. 10, 2018.

l'avantage de la neutralité de ne pas choisir entre la loi de la victime et celle de l'auteur du dommage¹⁴⁰⁰, en sus de s'avérer fréquemment concordante avec la compétence juridictionnelle. Or, cette dernière a été l'une des plus contestées par la doctrine, notamment par la doctrine anglo-saxonne¹⁴⁰¹, et ce dès lors qu'elle apparaissait comme celle ayant potentiellement le moins de rattachement avec la situation litigieuse (n'étant ni rattachée à la victime ni au responsable). À raison du développement des responsabilités *même sans faute*, de la prolifération des délits complexes supposant une dissociation du fait générateur et du dommage, et des mécanismes de délocalisation, elle a finalement connu un recul dans les droits internes¹⁴⁰². Il n'en demeure pas moins que sa prédominance ancienne a semblé se refléter dans le champ des conventions internationales. Avant que n'interviennent ces délits civils supposant une dissociation entre le lieu du fait générateur et celui de survenance du dommage, la *lex loci delicti* pouvait souvent se confondre avec la *lex fori*¹⁴⁰³. Or, aux termes du régime de responsabilité civile nucléaire, il revient ainsi en partie au droit du tribunal compétent de déterminer la mesure dans laquelle ce qui sera défini comme le « dommage nucléaire » doit être réparé¹⁴⁰⁴. Sur une « matière aussi complexe et fautive — il faut s'en réjouir — d'expérience pratique »¹⁴⁰⁵, il aurait alors été difficile de prévoir ce que pourrait être le pouvoir d'interprétation des juges confrontés, en cas d'accident nucléaire grave, à des demandes en réparation aussi impérieuses que multiples. Il était donc bien venu d'assurer, dans la mesure du possible, le confort du juge, en a encore d'ailleurs témoigné l'affaire *Cooper v. Electric Power Company*¹⁴⁰⁶. Surtout, il était bien venu pour

¹⁴⁰⁰ Voy. not. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL ET P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 177, 240-241 et G. LARDEUX, « Source extracontractuelle du droit des obligations – Détermination de la loi applicable », *op. cit.*, § 15 soulignant ainsi qu'elle constituait « la seule solution qui permette d'atteindre un juste équilibre entre la liberté d'action et la sécurité des individus : toute personne ayant respecté les règles de comportement locales est assurée de ne pas être recherchée en responsabilité tandis que la victime sera indemnisée dès que le responsable aura enfreint la loi du lieu où il a agi. L'équilibre entre les intérêts antagonistes en présence est ainsi garanti tandis que les attentes des intéressés ne sont pas trompées ».

¹⁴⁰¹ D'aucuns ayant évoqué une « révolution américaine des conflits de lois » : B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflits de lois », *RCADI*, 1984, t. III, p. 300 et dans le même sens F. MONÉGER, « The last ten ou les derniers États des États-Unis fidèles à la *lex loci delicti* » in M.-N. JOBARD-BACHELLIER, P. MAYER (dirs), *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 589-613 ; G. LARDEUX, « Source extracontractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable », *op. cit.*, §§ 20 et ss.

¹⁴⁰² En effet, en visant le fait dommageable, la *lex loci delicti* ne tranchait pas la question de la dissociation en des différents États du fait générateur et du dommage. En définitive, les variantes étaient si nombreuses que chaque ordre juridique avait son propre agencement de règles. Profondément attaché au principe depuis un arrêt Lautour du 25 mai 1948 dans lequel la Cour de cassation avait consacré cette solution « indépendante de la nationalité des intéressés », le droit français a connu ce même recul. Après avoir affirmé en 1983 que la loi compétente était celle du « lieu où le dommage a été réalisé » (Cass. civ. 1, 8 février 1983, n°81-14.573, *Bull. civ. I*, n° 51), la Cour de cassation s'était, à partir de 1997, et sous l'influence de l'arrêt *Mine de Potasse*, orientée vers un système alternatif, en jugeant que le délit se localisait aussi bien par le fait générateur que par le dommage qui en découlait (Cass. civ. 1, 14 janv. 1997, n°94-16.861, *Bull. civ. I*, n° 14, p. 8). Des arrêts postérieurs, il semblait que, pour déterminer la loi applicable, il fallait rechercher, dans chaque espèce, quel était parmi ces deux pays celui qui présentait les liens les plus forts avec la situation : voy. Cass. civ. 1, 11 mai 1999, n° 97-13.972, *Mobil North Sea*, *Bull. civ. I*, n° 153 et Cass. civ., 27 mars 2007, n° 05-10.480, *Bureau Veritas*, *Bull. civ. I*, n° 132. Voy. plus généralement T. VIGNAL, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 253 et ss ; G. LARDEUX, « Source extracontractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable », *op. cit.*, §§ 51 et ss ; B. HAFTEL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 347 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 241 ; D. GUTMAN, *Droit international privé*, 6^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2009, pp. 215, 288 ; A. WEIL, « Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 1, Paris, Sirey, 1960, p. 558. Plus généralement voy. Partie II, Titre II, Chapitre 2.

¹⁴⁰³ Voy. B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Ed. Paris-Assas, 2017, pp. 99 et ss.

¹⁴⁰⁴ Tel serait le cas, à titre d'exemple, de la réparation du préjudice moral ou du « dommage immatériel », point sur lequel l'attitude des droits nationaux peut être encore variable. Il en irait également de même du concept de « manque à gagner », qui, énoncé en des termes très généraux, permet une plus grande souplesse quant à son interprétation : voy. *infra* Chapitre 2, Section 1.

¹⁴⁰⁵ P. REYNERS, « Accidents nucléaires, urgences radiologiques, dommages et responsabilité » in R. BEN ACHOUR, R., S. LAGHMANI, *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Paris, Pedone, 2002, p. 233

¹⁴⁰⁶ Voy. *Cooper v. Tokyo Electric Power Co.*, n°19-55295 (9th Cir. 2020), dans laquelle le juge a effectivement été confronté à la question du droit applicable, en sus de celle de la compétence juridictionnelle (voy. *supra* note n°1360). La question se posait de savoir si devait s'appliquer la loi Japonaise sur la réparation des dommages nucléaires ou la loi États-Unienne, avant que la Cour d'appel des États Unis pour le neuvième circuit ne tranche finalement en 2020 en faveur du droit japonais. Aussi, il devait incomber aux juges américains d'appliquer le droit japonais sur la responsabilité civile nucléaire.

assurer l'équité entre les victimes. Or, aujourd'hui, le principe de la *lex loci delicti* a été pour grande part abandonnée par les Etats de l'Union européenne, en raison de l'adoption du Règlement Rome II qui consacre expressément le principe de l'application de la *lex loci damni* : c'est-à-dire la loi du lieu de survenance du dommage, la loi du lieu où « l'atteinte à l'intérêt social se produit et que l'équilibre des intérêts de chacun, que le droit de la responsabilité civile a pour but de préserver, se trouve rompu »¹⁴⁰⁷. Sujette à une interprétation délicate¹⁴⁰⁸, cette règle pourrait donc venir perturber l'office du juge compétent, et le respect du principe de non-discrimination. L'on comprend dès lors que le règlement de Rome II, sur lequel il nous sera ainsi donné de revenir, ait pu ainsi exclure les dommages nucléaires de son champ d'application¹⁴⁰⁹. En laissant une marge de manœuvre au juge compétent, cette exclusion peut ainsi résorber une situation pouvant s'avérer inéquitable entre les victimes dont la réparation serait conduite à varier selon le lieu, par exemple, de survenance de leur dommage.

343. Conclusion du §. Le champ géographique large, puis élargi, des conventions de responsabilité civile nucléaire et le principe d'unicité de juridiction sont des conséquences directes de l'internationalisation du risque nucléaire. En dépit des faiblesses respectives de chacune de ces solutions, qu'elles résultent d'une évolution non achevée ou de choix pragmatiques critiquables, elles ont néanmoins constitué les réponses les plus réalistes pour satisfaire les victimes et conserver équilibre et contraintes prises en considération par le régime de responsabilité civile nucléaire. Quoiqu'elles puissent être menacées par l'intégration du droit international privé résultant d'autres systèmes juridiques, à l'instar du droit de l'Union européenne, ces règles s'avèrent *in fine* justifiées dans le cadre d'un accident aux conséquences transfrontières. Il conviendra donc désormais de s'interroger sur le maintien de ces spécificités du régime de responsabilité civile nucléaire dans le cadre d'un accident résultant d'une activité de fusion, dont les conséquences, de moindres ampleurs, seraient insusceptibles de traverser les frontières.

§ 2. L'incidence de l'accident de fusion sur le maintien d'une responsabilité internationalisée à la mise en œuvre centralisée

344. L'importance de la prise en compte de l'internationalisation du risque de fusion. Jusqu'alors, l'étude de la compatibilité du régime de responsabilité civile nucléaire avec le risque nucléaire de fusion n'a pas emporté de grande conséquence. S'il nous a été permis de douter de l'assise juridique du principe de canalisation, l'application des règles relatives à la nature de la responsabilité de l'exploitant à l'hypothèse d'un accident de fusion n'a pas soulevé de difficulté particulière. À bien y regarder, le principe de la responsabilité *même sans faute* semble d'ailleurs constituer le choix le plus raisonnable en la matière. Il en va différemment des règles que nous venons d'étudier, notamment de celles relatives au champ d'application géographique du régime, car elles ont été, en partie, commandées par ce besoin de prendre en considération le caractère transfrontière de l'accident. Or ce

¹⁴⁰⁷ G. LARDEUX, « Source extracontractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable », *op. cit.*, § 38.

¹⁴⁰⁸ Laquelle dépend principalement de l'interprétation du terme « dommage » : voy. *sp. infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2.

¹⁴⁰⁹ Voy. Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JO, 31 juillet 2007, L199/40, p. 40, art. Premier 1.f.

même besoin a également justifié que ce régime soit porté par des conventions internationales, dont l'étude menée au *Titre I* a montré les limites évolutives. Pour ces raisons, c'est à un double niveau qu'intervient ici la question de l'internationalisation du risque de fusion. Cette dernière serait en effet autant susceptible d'influer sur l'application des règles étudiées que sur l'opportunité d'en maintenir la réception par un instrument conventionnel.

345. L'inopérance du caractère international de l'organisation ITER. Avant toute chose, le cas de l'Organisation ITER doit être abordé, en ce qu'elle constitue l'élément conjoncturel à l'origine de notre étude. Aborder la question de l'internationalisation du risque de fusion ne doit en effet pas préjuger d'un quelconque lien avec le statut d'organisation internationale de cet exploitant. Certainement, ce statut présente des particularités qu'il convient de prendre en considération. La première réside dans le fait que les conventions ne semblent pas avoir prévu la possibilité qu'une organisation internationale puisse exploiter une installation nucléaire. La seconde réside dans le fait que l'organisation bénéficie d'immunités, et notamment d'une immunité de juridiction devant les tribunaux français. Néanmoins, ces spécificités ne sont a priori pas l'affaire des conventions internationales. Comme vu *supra*, la Convention de Paris spécifiquement applicable reste relativement indifférente de la qualité de l'exploitant¹⁴¹⁰. Si l'on considère qu'ITER est exploitant en raison de l'autorisation qui lui aura été conférée par les autorités françaises¹⁴¹¹, on peut supposer que c'est la loi française qui s'appliquera aux dommages susceptibles de résulter de l'exploitation du réacteur¹⁴¹². Ce premier constat peut néanmoins être relativisé par le fait que si ladite Convention pose un principe de non-immunité de juridiction, celui-ci ne vise que les Parties contractantes. Il subsiste cependant des solutions palliatives qui feront l'objet d'une étude ultérieure, car n'étant pas spécifique du régime ici étudié¹⁴¹³. Dès lors qu'il ne saurait être opportun de questionner l'adhésion d'ITER *Organization* en tant que Partie contractante à l'une des conventions étudiées¹⁴¹⁴, c'est sans référence à la situation présentée par l'Organisation internationale ITER, que l'on doit questionner l'internationalité du risque nucléaire de fusion.

346. Plan. Aussi, en s'en tenant à une étude des activités de fusion *in globo*, il s'agira de rappeler que le risque d'accident transfrontière y apparaît considérablement réduit, bien que subsistant (A.), et qu'il est des facteurs, autres que les conséquences directes d'un accident survenant sur une installation de fusion, qui pourraient induire une internationalisation du risque nucléaire de fusion (B.).

¹⁴¹⁰ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vi.

¹⁴¹¹ Rappelons, en effet, qu'ITER est d'ores et déjà soumis au droit français en ce qui concerne les normes de sûreté que son statut d'exploitant lui a été attribué sur son fondement : voy. *Décret n° 2012-1248 du 9 novembre 2012 autorisant l'Organisation internationale ITER à créer une installation nucléaire de base dénommée « ITER » sur la commune de Saint-Paul-lez-Durance (Bouches-du-Rhône)*, JO, n° 62, 10 novembre 2012, texte n°14.

¹⁴¹² Voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

¹⁴¹³ Voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

¹⁴¹⁴ En toute hypothèse, il nous paraît en effet peu opportun de modifier les conventions afin de l'inclure comme partie contractante. Le renvoi tant au droit national qu'à la compétence des tribunaux nationaux sur laquelle repose la mise en œuvre du régime de responsabilité civile nucléaire laisse à supposer que l'intégration d'une organisation internationale, dénuée d'un tel système juridique, nuirait à l'essence et à la cohérence de ce régime.

A. Un risque subsistant d'accident transfrontalier

347. Plan. S'il est argué que les activités de fusion présentent un risque subsistant d'accident transfrontalier, celui-ci reste néanmoins réduit (1.). Partant, il interrogerait sur la suffisance du droit international privé « de droit commun » à organiser la réparation des dommages en résultant (2.).

1. Un risque subsistant d'accident transfrontalier conjoncturel

348. Un risque *a priori* nul d'accident transfrontière. Le niveau de risque radiologique associé aux installations de fusion thermonucléaire s'avérerait relativement faible en comparaison de celui associé aux installations de fission nucléaire. Selon les études de l'*European Fusion Development Agreement*, les conséquences radiologiques, dans le cadre d'un accident aux circonstances les plus défavorables, en sus d'être relativement faibles, ne devraient pas dépasser un périmètre limité autour des frontières de l'installation en cause¹⁴¹⁵. Dans l'un de ses rapports, le Secrétariat de l'Agence pour l'Énergie nucléaire a également examiné certains scénarios les plus pernicioseux, notamment celui d'une fuite de tritium depuis l'installation de gestion du tritium d'une centrale de fusion¹⁴¹⁶. L'un d'eux supposait la dispersion locale d'un ou deux kilogrammes de tritium dans le système des eaux souterraines. Le rapport a conclu que si un tel rejet s'avérait « bien au-dessus de l'ordre de grandeur » des usages médicaux et serait susceptible de contaminer les approvisionnements en eau pendant plusieurs jours, il ne s'agirait en aucun cas d'événements nucléaires connus, comme ceux de Tchernobyl ou de Fukushima. Il a d'ailleurs été estimé que la dose maximale reçue par les personnes à l'extérieur du site serait « bien inférieure » au seuil à partir duquel les recommandations de la Commission européenne exigent l'évacuation. À cette analyse, le Secrétariat de l'Agence pour l'énergie nucléaire semble ainsi considérer que l'intégration du risque nucléaire de fusion dans le champ d'application des conventions de responsabilité civile nucléaire pourrait s'avérer inutile compte tenu du fait que les accidents nucléaires ne présenteraient *a priori* aucun effet transfrontière. Examinant l'adaptation sous l'angle juridique des grands principes du régime de responsabilité civile nucléaire, il en a résulté que les membres du Comité de droit nucléaire avaient émis quelques réserves quant au maintien du principe de l'unicité de juridiction¹⁴¹⁷.

349. Un risque conjoncturel d'accident transfrontière. Pour autant, le Secrétariat ne semble pas totalement fermé quant à la possibilité d'un accident transfrontière. S'il a effectivement été admis qu'évaluer le risque transfrontière de telles installations apparaissait encore difficile, c'est que ce risque devait *in fine* dépendre de la future conception de ces installations et/ou surtout de leur emplacement. On ne pourrait en effet qu'admettre qu'une installation de fusion située à la limite de la frontière entre deux États — comme cela est le cas de la centrale de Chooz¹⁴¹⁸ — augmenterait le

¹⁴¹⁵ European Fusion Development Agreement, "A conceptual study of commercial fusion power plants, Final Report of the European Fusion Power Plant Conceptual Study", 2005, EFDA-RP-RE-5.0, pp. 15-19 ; "Safety and Environmental Impact of Fusion", 2001, EFDA-S-RE-1.

¹⁴¹⁶ AEN, "Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Conventions: Fusion Reactors", *op. cit.*, p. 12

¹⁴¹⁷ AEN, "Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Conventions: Fusion Reactors", *op. cit.*, p. 12 ; NEA/SEN/LEG(93)1.

¹⁴¹⁸ La centrale nucléaire de Chooz est située sur la commune de Chooz dans la pointe de Givet, à proximité de la frontière entre la Belgique et la France. On notera par ailleurs que la question de centrales situées à la limite de frontières étatiques a pu et continue d'être l'objet de

risque d'un accident transfrontière et donc les difficultés de son traitement. À cet endroit, la célèbre *Affaire de la Fonderie du Trail*¹⁴¹⁹ et l'*Affaire Temelin*¹⁴²⁰ ont d'ailleurs pu en constituer des exemples probants. Il en irait de même, par exemple, d'une installation située à proximité d'un cours d'eau amené à traverser plusieurs territoires et susceptible de faire l'objet d'une contamination¹⁴²¹. Cela étant, il n'est pas dit que la situation ne puisse être réglée par une application des règles classiques du droit international privé.

2. Une suffisance du droit international privé de « droit commun » ?

350. Une étude limitée au droit de l'Union européenne. Parce qu'il serait trop fastidieux d'envisager toutes les règles du droit international privé, on se bornera de prendre l'exemple du droit de l'Union européenne. En sus d'être représentatif des tendances du droit international privé et de s'appliquer à un bon nombre d'États parties aux conventions, il est dans le même temps suffisamment restrictif pour éprouver les potentielles difficultés se présentant à l'endroit d'un accident de fusion. De plus, il constitue un droit susceptible d'être particulièrement appliqué au cas d'un accident nucléaire de fusion, du fait de la proximité géographique des États qui la composent.

351. Plan. A l'endroit de la compétence du tribunal, il sera ainsi pris l'exemple du Règlement Bruxelles I bis (a.) et, à l'endroit du droit applicable, celui du Règlement Rome II (b.).

a. La détermination du tribunal compétent

352. Un choix laissé à la victime. Le Règlement Bruxelles I bis n'excluant aucunement les dommages nucléaires, son application potentielle est confirmée tant par les textes de l'Union que par les études en ayant révélé l'intérêt à l'endroit des activités non couvertes par le régime, et ce nonobstant la menace dont il fait preuve pour les principes des conventions et notamment le principe de canalisation¹⁴²². Destiné à organiser l'attribution des compétences dans la « matière civile et

contentieux : voy. G. HANDL, "An international Legal perspective on the Conduct of Abnormally Dangerous Activities in Frontier Areas: The Case of Nuclear Power Plant Siting", *ELQ*, vol. 7, 1978, sp. pp. 27-30 ; "Preventing transboundary nuclear pollution : a post Fukushima legal perspective" in *Transboundary Pollution, Evolving Issues of International Law and Policy*, Cheltenham, Elgar Ed., 2012, sp. pp. 210-211.

¹⁴¹⁹ *Affaire de la Fonderie du Trail (Canada c. États-Unis)*, sentence arbitrale du 11 mars 1941, *R.S.A.*, vol. II, p. 1965.

¹⁴²⁰ CJCE, *Land Oberösterreich c. CEZ as*, 18 mai 2006, C-343/04. Rappelons toutefois qu'il n'était ni question d'un accident nucléaire ni d'une pollution dans cette affaire mais d'un trouble anormal de voisinage ayant questionné sur la notion de « voisinage » : voy. F.G. TRÉBULLE, « Voisinage d'une centrale nucléaire : enseignements sur la théorie des troubles du voisinage dans un contexte international », *RDI*, 2006, n° 5, pp. 356-359 et *supra* Introduction § 29.

¹⁴²¹ On rappellera que le protocole de Kiev de 2003 sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eaux transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels, n'aurait peut-être pas pu s'appliquer à ces situations, en sus de ne pas être entré en vigueur : voy. *supra* Introduction § 21.

¹⁴²² Voy. J. HANDRLICA, « Le règlement de Bruxelles I et la responsabilité nucléaire », *BDN* 86, 2010/1, pp. 33-53 ; A. BORRÁS, « La fragmentation des sources du droit international privé communautaire. Le cas de la responsabilité nucléaire » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 31 et ss ; *Décision du Conseil du 15 juillet 2013 autorisant certains États membres à ratifier le protocole d'amendement de la convention de Vienne du 21 mai 1963*, op. cit., § 7 ; *Décision du Conseil 8 mars 2004 autorisant les États membres qui sont parties contractantes à la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire à ratifier, dans l'intérêt de la Communauté européenne, le protocole portant modification de ladite convention, ou à y adhérer*, op. cit., § 8 et *supra* note n°1359.

commerciale »¹⁴²³ chaque fois que le défendeur est situé sur le territoire d'un État membre¹⁴²⁴, ce règlement prévoit pour la matière civile délictuelle divers critères de rattachement judiciaire. Une compétence générale est ainsi attribuée aux tribunaux¹⁴²⁵ de l'État du lieu sur lequel se trouve le (ou les) domicile(s) du défendeur¹⁴²⁶. Des compétences complémentaires spéciales lui sont ajoutées, qui sont valables autant qu'elles désignent un tribunal d'un État membre autre que l'État du domicile du défendeur¹⁴²⁷. Le règlement autorise ainsi pour un souci de bonne administration de la justice, la victime à saisir le tribunal¹⁴²⁸ du lieu de survenance du fait dommageable. En vertu de ce texte, la juridiction compétente pourrait donc être celle du domicile du défendeur ou le lieu où le fait dommageable s'est produit, c'est-à-dire au souvenir de l'arrêt *Mines de Potasse*¹⁴²⁹, soit le lieu où est survenu le fait générateur ou celle du lieu où le dommage a été subi¹⁴³⁰. *In fine* favorable aux victimes qui auraient le choix d'introduire leurs demandes devant l'un des trois tribunaux suscités, cet éclatement pourrait néanmoins s'avérer problématique au regard des justifications portées au principe d'unicité de juridiction. En dehors de l'application du régime de responsabilité civile nucléaires, ces difficultés seront d'ailleurs davantage mises en exergue à un stade ultérieur de notre étude¹⁴³¹. Mais si l'on doit simplement considérer ici l'intérêt que représente le principe d'unicité de juridiction au regard du contrôle des indemnités disponibles, le risque réduit que représente la fusion pourrait apparaître comme un argument moins pesant¹⁴³². Si un besoin d'unicité devait encore subsister, le Règlement Bruxelles I bis s'avère toutefois relativement réticent à prévoir des solutions qui permettraient un regroupement du contentieux.

353. Un choix faisant l'objet de limites timides. Certes, le Règlement autorise un tribunal à surseoir à statuer lorsque s'impose une bonne administration de la justice. Cette exception reste cependant relativement encadrée montrant la réticence du droit de l'Union européenne à l'égard de la doctrine

¹⁴²³ La notion de *matière civile et commerciale* est un concept autonome du droit européen défini de manière négative par la référence au critère de l'exercice de prérogatives de puissance publique qui permet d'exclure les litiges mettant en jeu la responsabilité de l'État pour les seuls *acta iure imperii* selon la conception restrictive qui en a été retenue par la Cour de Justice : voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. Premier 1 ; CJCE, *L U c l Eurocontrol*, 14 octobre 1976, aff. 29/76, *Rec. CJCE* 1976, p. 1541 ; CJCE, *Niederlande c/ Rüffer*, 16 déc. 1980, aff. 814/79, *Rec. CJCE* 1980, p. 3807 et plus largement D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2020, p. 119 ; H. SLIM, *Responsabilité civile délictuelle et droit international privé*, op. cit., §§ 91 ss ou encore J-P. BÉRAUDO, M-J. BÉRAUDO, « Règlement (UE) n°1215/2012 – Généralités et champ d'application », *JCL Europe Traité*, fasc. 3000, 2020.

¹⁴²⁴ Son application est, par principe, conditionnée par la domiciliation du défendeur sur le territoire d'un État membre : voy. *Règlement Bruxelles I bis*, consid. 13 et 14 ; art. 5 (principe), article 6 (exception). Ces conditions n'étant pas remplies, ce sont les règles de compétences propres à chaque État qui retrouvent ainsi leur empire : voy. D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 62 et ss.

¹⁴²⁵ Suivant le critère de la résidence, c'est la compétence générale des juridictions d'un État qui est retenue, dans ce sens qu'il incombe ensuite aux règles internes de déterminer le tribunal spécifiquement compétent : voy. D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, op. cit., p. 96 ; J-P. BÉRAUDO, M-J. BÉRAUDO, « Règlement (UE) n°1215/2012 – Compétence générale des juridictions de l'État du domicile du défendeur », *JCL Europe Traité*, fasc. 3020, 2021, §§ 5 et ss.

¹⁴²⁶ Si le domicile de la personne physique est laissé à la loi du juge saisi, le domicile des personnes morales doit être considéré comme établi soit au lieu de leur siège statutaire, soit de leur administration centrale, soit de leur principale établissement, ce qui n'est pas sans éviter d'ores et déjà un risque de *forum shopping* important : voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 62 et 63.

¹⁴²⁷ Voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 7 ; J-P. BÉRAUDO, M-J. BÉRAUDO, « Règlement (UE) n°1215/2012 – Règle ordinaire de compétence – Matière autre que les obligations contractuelles », *JCL Europe Traité*, fasc. 3022, 2019, § 1.

¹⁴²⁸ Ici il ne s'agit pas d'une compétence générale. C'est le tribunal qui est directement visé, c'est-à-dire indépendamment des règles de répartition en droit interne : voy. D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, op. cit., p. 96 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., p. 771 ; J-P. BÉRAUDO, M-J. BÉRAUDO, « Règlement (UE) n°1215/2012 – Règle ordinaire de compétence – Matière autre que les obligations contractuelles », op. cit., § 1.

¹⁴²⁹ CJCE, *Handelskwekerij G.J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA*, 30 novembre 1976, op. cit.

¹⁴³⁰ *Règlement Bruxelles I bis*, op. cit., art. 7. 2.

¹⁴³¹ Voy. Partie II, Titre II, Chapitre 2.

¹⁴³² Cela sans toutefois préjuger du coût d'un accident nucléaire de fusion.

« imprévisible » du *forum non conveniens*¹⁴³³. Ainsi, l'article 30 dispose que lorsque des demandes connexes¹⁴³⁴ sont introduites devant des juridictions d'État membres, seule la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer¹⁴³⁵. Quoique ces dispositions introduisent une souplesse appréciable, il n'en demeure pas moins que leurs conditions restrictives constituent des inconvénients palpables. En cas d'accident nucléaire, la connexité entre les demandes ne serait peut-être pas évidente, à raison du défaut de simultanéité des demandes¹⁴³⁶. Le tribunal saisi pourrait également ne pas apparaître comme le plus approprié pour trancher le litige, contraignant ainsi le juge à une appréciation délicate, faute d'accès aux éléments nécessaires à statuer sur la réalité du litige. Cela serait encore exacerbé lorsque les chefs de compétence sont nombreux et que l'exception de connexité ne permet pas de corriger les conséquences de cette prolifération¹⁴³⁷.

Par suite, le texte dispose que ses dispositions n'affecteraient d'aucune manière les conventions liant les États membres et, qui dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire même si le défendeur est domicilié sur un territoire non-partie¹⁴³⁸. Dans cette hypothèse, la question aurait donc pu se poser de savoir si le caractère purement conjoncturel et limité de l'accident transfrontière pourrait autoriser qu'un accord *ad hoc* soit entériné entre les deux ou trois États concernés. Il semblerait néanmoins que la compétence conférée à l'Union dans ce domaine par le biais de l'article 81 du TFUE soit un obstacle juridique à l'établissement d'un tel accord. Certes, la réserve formulée par le règlement concernant les conventions régissant certaines matières auxquelles les États sont parties s'explique par l'objectif des « spécificités des matières qu'elles concernent »¹⁴³⁹. Néanmoins, celle-ci ne semble s'appliquer qu'aux accords intervenus avant l'entrée en vigueur du Règlement¹⁴⁴⁰, en témoigne l'intervention de l'Union pour autoriser les États à ratifier les protocoles aux conventions sur la

¹⁴³³ Cette règle issue du droit anglo-saxon est l'affirmation du pouvoir discrétionnaire qui est reconnu aux juges de ne pas exercer leur compétence internationale à l'égard d'un litige qui relèverait de leur pouvoir juridictionnel, dès lors qu'ils estiment qu'il serait plus opportun qu'il soit tranché par un *for étranger* : voy. L. MARTINET, O. AKYUREK, « La théorie du forum non conveniens dans les pays de Common law », *L.P.A.*, n°186, 2006, pp. 5-9 ; G. GOLDSTEIN, « Le forum non conveniens en droit civil », *RCDIP*, 2016, pp. 51-85 ; A. NUYTS, *L'exception de Forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 974 ; CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 753 p. Or le droit de l'Union européenne est très réticent à l'égard de cette doctrine : voy. CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu*, C-281/02, *Rec. CJCE*, I-1383, sp. §§ 38 et ss ; B. HAFTTEL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 347 ; J-P. BÉRAUDO, M-J. BÉRAUDO, « Règlement UE n°1215/2012 – Compétence – Règle de procédure ayant une incidence sur la compétence », *JCL Europe Traité*, fasc. 3030, 2019, §§ 80 et ss. Cette position est d'ailleurs partagée par le juge français : voy. Cass. civ. 1, 30 septembre 2009, n°08-17.587, *Bull. civ. I*, n°190 ; CA Paris, 6 mars 2008, n° 2006/15786 et GALLMEISTER et P. COURBE, « Quelle place pour le forum non conveniens ? », *D.*, 2008, pp. 1452-1457. Voy. néanmoins pour une admission du principe *Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants*, JO, 2 juillet 2019, L 178/1, pp. 1-115, art. 15.

¹⁴³⁴ Voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 30.3 aux termes duquel la connexité renvoie à l'hypothèse dans laquelle les actions « sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

¹⁴³⁵ *Règlement Bruxelles I bis*, art. 30.1. L'article 34 applique également cette situation aux États tiers, si tant est qu'il ait été saisi en premier lieu, que sa décision soit exécutoire dans l'État membre concerné et que cela réponde à une bonne administration de la justice. Mais encore une fois les conditions sont assez restrictives : voy. J-P. BÉRAUDO, M-J. BÉRAUDO, « Règlement UE n°1215/2012 – Compétence – Règle de procédure ayant une incidence sur la compétence », *op. cit.*, §§ 52 et ss ; D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 197.

¹⁴³⁶ Cela est lié, comme nous le verrons *infra* Chapitre 2, Section 1, aux effets dommageables potentiellement différés de la radioactivité.

¹⁴³⁷ En effet, l'hypothèse du règlement de Bruxelles ne semble envisager qu'une connexité entre deux juridictions. Sur ce problème voy plus généralement C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, op. cit.*, ; T. VIGNAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 397 et *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2.

¹⁴³⁸ Voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 70 et 71,

¹⁴³⁹ CJCE, *Tatry c. Maciej Rataj*, 6 décembre 1994, C 406/92, *Rec. CJCE*, 1994, p. I-5471, § 24

¹⁴⁴⁰ *Règlement Bruxelles I bis*, art. 73 et plus généralement J-P. BÉRAUDO, M-J. BÉRAUDO, « Règlement (UE) n°1215/2012 – Généralités et champ d'application », *op. cit.*, §§ 23-24.

responsabilité civile nucléaire¹⁴⁴¹. Aussi, une dernière solution consisterait à envisager une prorogation de compétence tacite, c'est à dire lorsque le défendeur assigné comparait sans contestation devant un *for* non prévu. En effet, les règles de compétences, sauf celles régissant les compétences exclusives¹⁴⁴², sont d'intérêt privé¹⁴⁴³. Susceptible de matérialiser un accord tacite des parties, cette prorogation de compétence pourrait favoriser la concentration du contentieux. Le tribunal ainsi saisi ne peut pas se déclarer d'office incompétent et ce critère est indifférent du domicile des parties (c'est-à-dire qu'il se trouve ou non dans l'Union européenne)¹⁴⁴⁴. Cet accord tacite imposerait toutefois que toutes les victimes de l'accident aient fait ce choix d'assigner le défendeur devant un seul tribunal.

En définitive, on pourrait donc regretter ici la réticence de l'Union à l'endroit de la doctrine du *forum non conveniens*. Outre qu'en dehors de l'Union européenne, un accord *ad hoc* resterait certainement envisageable, on pourrait alors envisager un recours à cette doctrine. S'il a pu être affirmé que ce principe « ne jouait plus aucun rôle aujourd'hui en droit international privé »¹⁴⁴⁵, il reste néanmoins utile tant qu'il est utilisé de manière raisonnable¹⁴⁴⁶. On se souvient de l'affaire de l'accident de *Bhopal* dans lequel le recours à la doctrine n'avait pas été sans susciter la critique dès lors qu'elle avait eu pour résultat de protéger la société *Union Carbide* de toute responsabilité¹⁴⁴⁷. En dehors du droit de l'Union, la principale difficulté serait donc celle de l'exécution des jugements pouvant parfois justifier la préférence pour le tribunal du lieu de résidence du responsable. Mais *in fine* entre une réforme des

¹⁴⁴¹ Voy. *Décision du Conseil du 15 juillet 2013 autorisant certains États membres à ratifier le protocole d'amendement de la convention de Vienne du 21 mai 1963*, *op. cit.*, § 7 ; *Décision du Conseil 8 mars 2004 autorisant les États membres qui sont parties contractantes à la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire à ratifier, dans l'intérêt de la Communauté européenne, le protocole portant modification de ladite convention, ou à y adhérer*, *op. cit.* et *supra* note n° 1358.

¹⁴⁴² Voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 25.

¹⁴⁴³ Voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 26 ; J.-P. BÉRAUDO, M.-J. BÉRAUDO, « Règlement UE n°1215/2012 – Compétence – Règle de procédure ayant une incidence sur la compétence », *op. cit.*, § 4 ; F. MAILHÉ, « Droit européen des conflits de juridictions », *JCL Europe Traité*, 2021, §§ 87 et ss ; D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 169 et ss.

¹⁴⁴⁴ Voy. CJCE, *Group Josi*, 13 juillet 2000, aff. C-412/98, *Rec. CJCE* 2000, p. I-5925.

¹⁴⁴⁵ Cour de District de La Haye, *Akpan et Milieudéfensie c/ Royal Dutch Shell Plc. et Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd.*, 30 janvier 2013 C/09/337050/HA ZA - 09-1580, § 4.7 *contra* R.-C. DROUIN, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises multinationales: quel rôle pour le devoir de vigilance? », *DS*, 2016, pp. 246-263.

¹⁴⁴⁶ Voy. G. GOLDSTEIN, « Le forum non conveniens en droit civil », *op. cit.*, pp. 51-85 ; A. NUYTS, *L'exception de Forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, *op. cit.* ; C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*

¹⁴⁴⁷ L'accident de Bhopal de 1984, au cours duquel plus de 3500 personnes furent tuées et près de 200 000 blessées, était la conséquence d'une explosion survenue dans une usine de la filiale de la firme américaine *Union Carbide*. L'explosion avait entraîné la dispersion accidentelle d'environ 30 à 40 tonnes d'isocyanate de méthyle dans l'atmosphère de la ville. Or, bien que la société en question eût été constituée en Inde, elle était une filiale de la société *Union-Carbide* établie aux États-Unis. Aussi, et raison faite de la latitude offerte par l'*Alien tort claims*, plusieurs victimes ou leurs ayants droit avaient intenté une action devant les tribunaux américains dans le but d'obtenir une réparation plus élevée de leur dommage. Or malgré une loi édictée par le gouvernement indien en 1985 — *Bhopal Gas Leak Disaster, Processing of Claims Act* — par laquelle il reconnaissait le pouvoir exclusif de représenter en justice les victimes de l'accident, les procédures judiciaires étaient restées pendantes devant plusieurs cours américaines. Elles avaient donc été par la suite jointes « *for pretrial purpose* » devant la *Federal District Court for the Southern District of New York* et confiées au juge John KEENAN. Si la compétence des tribunaux américains ne fut jamais contestée, le juge KEENAN se déclara toutefois *forum non conveniens* sur la base de plusieurs considérations : *l'accident avait eu lieu en Inde, les témoins, dont la plupart ne parlaient pas anglais, vivaient en Inde, l'inspection des lieux de l'accident était plus facile à effectuer en Inde*. En réalité, ces motifs incluaient principalement l'idée selon laquelle le jugement d'une telle affaire aux États-Unis aurait impliqué que les tribunaux américains portent un jugement de valeur sur les normes de sécurité indiennes et sur son système de droit. Il indiqua alors l'Inde comme *more convenient forum*, malgré les réticences de l'État indien qui pensait ne pas avoir la capacité de maîtriser une affaire aussi importante et qui cherchait à ce que soit reconnu la responsabilité d'*Union Carbide*. Cela fut d'ailleurs une intuition vérifiée puisque lesdites juridictions n'ont jamais été en mesure de tirer de véritables conséquences des responsabilités en cause, et notamment de celle de la société-mère : voy. sur cette affaire J.-L. SAX, « L'affaire Bhopal devant les tribunaux américains. Forum non conveniens », *RJE*, vol. 4, 1986, pp. 413-419 ; T. BALLARINO, « La réparation des dommages catastrophiques : questions de droit international privé », *op. cit.*, p. 98 ; I. CHATTERJEE, *Doctrine of Absolute Liability and its Application to Nuclear Liability*, Saarbruücken, LAP, 2015, pp. 61 et ss et B. HANNA, « Bhopal : catastrophe et résistances durables », *Vacarme*, 2006/1, n°34, p. 134 relevant les propos du gouvernement indien devant le tribunal : « dans l'intérêt de la justice, le cas devrait être jugé aux États-Unis, au motif que le système juridique indien est arriéré, dépassé quant à ses procédures, inadapté aux actions collectives et aux litiges par représentation, écrasé par l'héritage du colonialisme, et soumis à d'importants délais en raison de retards bureaucratiques endémiques ».

conventions ou l'adoption de solutions *ad hoc*, le bilan coût avantage mérite d'être dressé face à un risque *a priori* rare d'accident transfrontière.

Somme toute, et sans préjuger de développements ultérieurs sur ce point, cette fragmentation du contentieux pourrait être tolérée si tant est que la fusion n'impose pas un contrôle des montants disponibles. Surtout, cette difficulté paraît moindre par rapport à celle qui doit nous occuper au principal : celle de la détermination de la loi applicable au fond. En effet, parce qu'il est, *in fine*, en droit international privé « commun », quelques questions de procédures qui relèvent à proprement parler de la *lex fori*¹⁴⁴⁸, tout l'enjeu de l'adaptation des dispositions ici étudiées du régime de responsabilité civile nucléaire, résiderait dans le constat de l'impossibilité d'assurer l'application uniforme d'un droit matériel aux victimes internationales d'un accident de fusion.

b. La détermination de la loi applicable

354. L'application incertaine du Règlement Rome II. Parce qu'envisager l'ensemble des règles de droit international privé susceptible d'appréhender la résolution des conflits de loi relative à la responsabilité civile imposerait un exposé qui dépasse le cadre de la présente étude, c'est une nouvelle fois par le prisme du seul Règlement de Rome II¹⁴⁴⁹ applicable à la responsabilité délictuelle¹⁴⁵⁰ dont les Etats de l'Union doivent garantir l'application « universelle »¹⁴⁵¹ que seront ici envisagées les difficultés susceptibles de survenir à l'occasion de la survenance d'un accident de fusion. En raison du recul de la *lex loci delicti*¹⁴⁵² et de la variabilité et de l'insécurité qu'induisait ce principe vis-à-vis des responsabilités *même sans faute*¹⁴⁵³, la règle applicable sur le fondement de ce texte est donc la *lex loci damni*¹⁴⁵⁴. Cela pourrait donc poser difficulté dans le cadre d'un accident nucléaire de fusion puisque les victimes pourraient être soumises à des lois diverses et l'exploitant tenu responsable selon la seule rigueur de ces dernières. Alors certes, le principe de la *lex loci damni* connaît également des exceptions au titre du Règlement. Cela étant, il ne s'agira pas d'en faire état ici. Cela ne serait que de faible utilité, et ce pour deux raisons.

La première est celle que les dommages résultant d'un accident de fusion pourraient être exclus du Règlement de Rome II. Au terme de son article Premier, ce dernier exclu effectivement « les

¹⁴⁴⁸ Cela n'empêche pas d'être source de grandes difficultés comme on le verra *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2.

¹⁴⁴⁹ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Règlement Rome II), *op. cit.*

¹⁴⁵⁰ Si le règlement s'applique aux obligations non-contractuelles en matière civile et commerciale, il vise, entre autres, la responsabilité délictuelle, laquelle constitue une notion autonome englobant tous les cas de responsabilité civile, y compris ceux fondés sur la responsabilité objective, et trouvant leur source dans l'un des événements énumérés en son article 2 : voy. Règlement Rome II, consid. 11 et art. 2 ; CJCE, *Kalfelis c/ Bankhaus Schröder*, 27 septembre 1988, aff. 189/87, *Rec. CJCE 1988*, p. 5565 ; CJUE, *ERGO Insurance*, 21 janvier 2016, aff. C-359/14, §§ 43, 46.

¹⁴⁵¹ En ce sens que le règlement ne s'applique pas qu'aux seules relations *infra*européennes : Règlement Rome II, art. 3 ; Commission des communautés européennes, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome 2") », COM (2003) 427 final, 22 juillet 2003, p. 11 ; C. BRIÈRE, « Règlement (CE) N° 864/2007 du 11 Juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non Contractuelles ("Rome II") », *JCL Europe Traité*, fasc. 3206, 2019, § 14.

¹⁴⁵² Voy. *supra* § 316

¹⁴⁵³ Voy. Règlement Rome II, préambule §§ 15-16 relevant ainsi que « l'application concrète » du principe *lex loci delicti commissi* est susceptible de varier et donc de constituer une « source d'insécurité quant au droit applicable » quand *lex loci damni* devrait « créer un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée et correspond également à la conception moderne du droit de la responsabilité civile et au développement des systèmes de responsabilité objective ».

¹⁴⁵⁴ Voy. Règlement Rome II, art. 4.

dommages nucléaires » de son champ d'application¹⁴⁵⁵. Cependant, cette première difficulté pourrait éventuellement être surmontée. D'abord, cette disposition, au regard de son objet et de son but, pourrait être interprétée comme renvoyant au *dommage nucléaire* tel que consacré par les conventions ou les lois nationales en raison du fait que ces dernières sont supposées régler les questions de droit international privé. Toutefois, cette interprétation pourrait se voir opposer l'article 28 du même texte qui, en écartant l'application des dispositions pertinentes au profit des conventions régissant la responsabilité civile, aurait pu conduire au même résultat. Mais il faut également se référer aux instruments gravitant autour de ce Règlement. Or, dans l'exposé des motifs qui accompagnait sa proposition de rédaction, la Commission des communautés européennes avait considéré que

« cette exclusion s'explique par l'importance des enjeux économiques et étatiques et par la contribution des Etats à l'indemnisation des dommages nucléaires dans le cadre du régime international de la responsabilité nucléaire établi par la Convention de Paris du 29 juillet 1960 et la Convention complémentaire de Bruxelles du 31 janvier 1963, par la Convention de Vienne du 21 mai 1963 et la Convention sur le financement complémentaire du 12 septembre 1997 ainsi que par le Protocole conjoint du 21 septembre 1988. *S'agissant d'exceptions, ces exclusions doivent être interprétées de façon restrictive* »¹⁴⁵⁶.

Et dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition de décision visant à autoriser les États parties à la Convention de Vienne à ratifier le Protocole de 1997, le Conseil considérait que

« [qu']il n'existe pas de législation de l'Union régissant la responsabilité civile nucléaire. Le règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») exclut *la responsabilité nucléaire de son champ d'application* »¹⁴⁵⁷.

Au regard de cela, et du contexte de cette dernière déclaration, c'est bien le régime de responsabilité civile nucléaire qu'il semblait viser. On pourrait donc être autorisé à considérer que les dommages de fusion pourraient *a contrario* être intégrés dans le champ d'application du Règlement de Rome II. Cela étant, cette inclusion ne saurait suffire à résoudre la principale difficulté.

355. L'application problématique de la *lex loci damni*. En effet, puisqu'il s'agit ici d'envisager une hypothèse dans laquelle la fusion ne serait pas couverte par le régime conventionnel, le principal obstacle à la réparation des dommages nucléaires de fusion resterait encore l'existence de règles de responsabilité suffisamment adéquates pour les réceptionner, c'est-à-dire au minimum une règle de responsabilité *même sans faute* applicable aux activités à risque. D'avantage, il faudrait que cette loi soit tout aussi favorable que celle de l'État du *for delicti commissi* ; ce qui pourrait d'ailleurs ne pas être le cas du droit français qui, au rebours des droits étrangers, ne connaît aucun régime spécifique du fait des activités à risque. Cette exigence serait d'ailleurs d'autant plus prégnante si cet État devait être

¹⁴⁵⁵ Voy. Règlement Rome II, art. Premier 2.f.

¹⁴⁵⁶ Commission des communautés européennes, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("ROME II") », COM/2003/0427 final - COD 2003/0168.

¹⁴⁵⁷ « Proposition de Décision du Conseil autorisant les États membres qui sont Parties contractantes à la Convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (« Convention de Vienne ») à ratifier le protocole d'amendement de ladite convention, ou à y adhérer, dans l'intérêt de l'Union européenne », COM/2012/0550 final - 2012/0262 (NLE).

un État non nucléaire de fusion¹⁴⁵⁸. Dès lors, sans préjuger de la pertinence du Règlement Rome II pour organiser la réparation d'accident transfrontalier susceptible d'entraîner un « grand » nombre de victimes¹⁴⁵⁹, on ne pourrait que conclure ici à l'insuffisance *extrinsèque* des solutions envisagées.

356. Conclusion intermédiaire. Au terme de cette étude, il apparaît donc que les solutions du droit international privé de « droit commun » ne pourraient que partiellement permettre de surmonter les difficultés engendrées par un accident transfrontière de fusion, notamment eu égard au droit de l'Union européenne. Cela étant, les difficultés ne lui sont pas imputables. À dire vrai, tant que l'on présume de la faible ampleur de l'évènement, et que l'on autorise à relativiser l'influence de l'un des impératifs ayant initialement justifier le principe d'unicité de juridiction (*id.* le contrôle des montants disponibles), la pluralité de *for* compétents pourrait ne pas apparaître comme une difficulté insurmontable. Il demeurerait cependant une exigence prédominante : celle que les États se dotent de mécanismes permettant d'assurer aux victimes une réparation adéquate. Ce n'est, en effet, qu'à raison de l'existence de telle règle que pourraient véritablement se mesurer les difficultés susceptibles de résulter de l'application du droit international privé de « droit commun ». Pour cela, cette question sera laissée à des développements ultérieurs, et il s'agira de passer à la suite de notre propos : le constat qu'au-delà du cas envisagé ici, où l'élément transfrontière devait avoir une nature substantielle, il n'est pas exclu que, d'un point de vue juridique, le risque puisse également s'extérioriser.

B. Un risque subsistant d'accident transnational

357. Plan. Qu'un accident de fusion ne soit matériellement pas susceptible de s'étendre au-delà des frontières ne doit pas conduire à conclure que le risque nucléaire de fusion est purement « interne ». En effet, tandis que les activités de fusion pourraient laisser subsister un « risque transnational » (1.), les transports qu'elle pourra occasionner laisseraient, quant à eux, subsister un « risque transfrontalier »¹⁴⁶⁰ (2.).

1. L'existence d'un risque transnational

358. Plan. Tandis que la plupart du temps, seul le caractère transfrontière physiquement identifiable de l'accident retient l'attention du juriste, il demeure pourtant des situations dans lesquelles le caractère transfrontière de l'accident possède une dimension plus insidieuse et/ou strictement juridique. Dans ces hypothèses, ce n'est donc pas l'élément substantiel de l'accident, par exemple le nuage radioactif, qui présente un caractère internationalisé, mais ses conséquences dommageables ou son traitement juridique. Il s'agit alors d'un risque transnational que pourrait présenter l'exploitation

¹⁴⁵⁸ Dans le cas contraire, la situation reviendrait à celle qui a été acceptée pour les États nucléaires non contractants du régime conventionnel. Elle serait donc moins choquante. Si l'État sur le territoire duquel est subi un dommage nucléaire de fusion est un État nucléaire de fusion, il aurait dû lui appartenir de se doter d'une législation pertinente.

¹⁴⁵⁹ Cette étude sera conduite *infra* Partie II, Titre II, Chapitre II.

¹⁴⁶⁰ Voy. T. BALLARINO, « La réparation des dommages catastrophiques. Problème de droit international privé », *op. cit.*, p. 95 ; T. SCOVAZZI, « Il 'velo' delle società transnazionali e gli incidenti industriali » in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memori di M. Giulano*, Milano, 1990, pp. 549-577.

de la fusion, et qu'il s'agira d'apprécier au regard des personnes impliquées dans l'accident nucléaire, qu'elles soient victimes (a.) ou exploitantes (b.).

a. *Les victimes étrangères*

359. Les victimes étrangères de dommages indirects ou de préjudices par ricochet. Quoique la situation des victimes étrangères ait déjà été évoquée *supra*, l'étude entreprise ici vise à envisager deux hypothèses dans lesquelles des étrangers pourraient souffrir de dommages causés par un accident nucléaire non transfrontière *per se*. Tel pourrait ainsi être le cas de personnes, qui situées sur un territoire étranger à celui sur lequel serait survenu l'accident nucléaire, souffriraient d'un dommage indirect, d'un préjudice par ricochet ou de tout autre dommage ou préjudice dont le lien de causalité avec l'accident s'avérerait relativement distendu. Autrement dit, il s'agit ici de s'interroger sur la prise en considération, d'un point de vue procédural, du préjudice moral souffert par le proche de la victime d'un accident ou plus encore sur la réparation du dommage souffert par celui qui, résidant dans un État éloigné, décéderait d'une crise en apprenant à la radio la nouvelle d'un accident nucléaire¹⁴⁶¹. Sans préjuger de la possibilité d'obtenir réparation de ces dommages ou de ces préjudices par application du régime conventionnel et des théories de la causalité, l'influence potentielle de ces derniers sur le caractère international de l'accident mérite d'être soulignée¹⁴⁶². Néanmoins, cette internationalisation même strictement juridique de l'accident nucléaire ne devrait pas suffire à justifier une dérogation aux règles traditionnelles du droit international privé et un principe d'unicité de juridiction. Une telle hypothèse a en effet déjà fait l'objet d'un traitement, du moins en droit européen. Ainsi, avant que l'article 4 du règlement Rome II différencie le dommage dont le lieu de survenance est susceptible de servir de rattachement et les conséquences indirectes de ce dommage¹⁴⁶³, la Cour de justice des communautés européennes avait déjà pu considérer que « le lieu où le fait dommageable s'est produit » ne saurait être interprété de manière extensive au point d'englober tout lieu où peuvent être ressenties les conséquences préjudiciables et consécutives d'un dommage effectivement survenu¹⁴⁶⁴, et ce quoique la détermination du lieu de matérialisation du dommage puisse parfois poser difficulté¹⁴⁶⁵. Il devait en résulter, par suite, que le lieu pris en considération devait être le lieu de survenance matérielle du dommage et non le lieu où résideraient les proches de la victime ayant subi les conséquences de dommage subi par cette dernière¹⁴⁶⁶. Sur ce point, les solutions ne devraient donc pas différer des solutions précédemment évoquées, et ce d'autant plus que l'opportunité de réparer de tels dommages pourra encore faire l'objet de discussion¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶¹ L'exemple est tiré de D. PHILIPPE, M. BEYENS, « A propos du lien causal en matière de responsabilité civile nucléaire » in *Le droit nucléaire du XXe au XXIe siècle*, INLA Jura 97, 1997, p. 436.

¹⁴⁶² Voy. Partie I, Titre II, Chapitre II.

¹⁴⁶³ *Règlement Rome II*, cons. 16 et art. 4.1.

¹⁴⁶⁴ CJCE, *A. Marinari c/Lloyd's Bank plc et Zubaidi Trading company*, 19 septembre 1995, C-364/93, *Rec.* 1995, I-2719.

¹⁴⁶⁵ Voy. CJUE, *Verein für Konsumenteninformation c/ Volkswagen AG*, 9 juillet 2020, *op. cit.* et *infra* Partie II, Titre II, Chapitre II.

¹⁴⁶⁶ Voy. CJUE, *Florin Lazar*, 10 déc. 2015, C-350/14. Cette solution est également celle retenue en droit, comme on le verra *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2. Pour exemple, voy. néanmoins Cass. civ. 2, 11 janvier 1984, n°82-14587, *Bull. civ. II*, n°2 et rapprochez Cass. civ. 1, 28 octobre 2003, n°00-18.794, n°00-20.065, *Bull. civ. I*, n°219, p. 172.

¹⁴⁶⁷ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 1.

360. Les victimes de nationalité étrangères située sur le territoire du *for*. Reste la question du traitement des victimes étrangères situées sur le territoire de l'État sur lequel serait survenu l'accident. Cette situation ne paraît devoir poser plus de difficulté ; d'autant plus que la plupart des États sont obligés par un principe de non-discrimination fondé sur la nationalité¹⁴⁶⁸. Dans le cas contraire, cette question toucherait alors au domaine des droits de l'homme et de la protection des droits garantis aux individus se trouvant sur la juridiction de certains États. Autrement dit, le problème s'étendrait au-delà des frontières du sujet nous occupant. Cela étant, ces considérations ne valent qu'à l'égard des victimes. Il convient encore d'interroger la situation des responsables.

b. Les responsables étrangers

361. Un accident interne, mais un responsable étranger. L'exportation juridique d'un accident substantiellement interne peut devenir possible en raison de la nationalité de l'exploitant. Il est en effet des grandes sociétés ayant un champ d'action qui s'étend sur le territoire de plusieurs États, et dont le caractère multinational peut poser difficulté lorsqu'un accident se voit occasionné par les activités qu'elles exploitent directement ou par le biais d'une de leurs filiales. Les cas sont ainsi connus de l'accident de *Seveso* survenu en Italie, de celui de l'*Amoco Cadiz*, et surtout de l'accident de *Bhopal* précédemment évoqué. Néanmoins, au-delà de l'utilisation critiquée du *forum non conveniens* dans le cadre de ce dernier, ces accidents ont induit des problèmes de droit international privé en raison des questionnements juridiques relatifs à la responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiale. C'était donc davantage un problème de désignation du responsable que de droit applicable ou de tribunal compétent qui devaient avoir caractérisé ces cas, justifiant qu'ils fassent l'objet d'une étude *infra*¹⁴⁶⁹.

362. Une solution susceptible d'être résolue par le recours à la compétence *loci commissi*. Cette difficulté étant évacuée, le traitement d'un accident purement « interne » avec un responsable exploitant étranger ne poserait pas de difficulté nouvelle. En application du règlement Bruxelles I bis, le tribunal compétent serait toujours, soit celui du domicile du défendeur, soit celui du lieu où le fait dommageable s'est produit (fait générateur ou dommage), et cette acceptation tend à dépasser le cadre du droit de l'Union européenne. En application du règlement de Rome II, la loi applicable serait la *lex loci damni*. En supposant que les victimes coordonnent leurs actions, l'affaire pourrait être réglée devant les mêmes tribunaux et par application du même droit. Parce qu'elles auraient subi leur dommage sur le même territoire, la règle applicable (si tant est qu'il en fût une) leur serait commune. Parce qu'elles seraient reliées par un fait générateur survenu sur un même lieu, elles pourraient coordonner leurs actions pour saisir soit le tribunal du domicile du défendeur ou le tribunal du lieu du fait générateur¹⁴⁷⁰. Une difficulté subsisterait pour la victime présente sur le territoire d'un État au moment du fait générateur, et sur le territoire d'un autre au moment de la survenance de son

¹⁴⁶⁸ Voy. M-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 451 p. et T. VIGNAL, *Droit international privé*, op. cit., p. 350.

¹⁴⁶⁹ Sur la question de la responsabilité des sociétés-mère du fait de leur filiale exploitante : voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1.

¹⁴⁷⁰ Nous l'avons déjà évoqué, la compétence spéciale en matière délictuelle visant le tribunal du lieu du fait dommageable (et non une compétence générale des tribunaux d'un État), il serait moins opportun que les victimes saisissent le tribunal du lieu du dommage subi, car il en résulterait une fragmentation certaine : voy. *supra* note n°1356.

dommage. Ce type d'hypothèse étant l'apanage de la radioactivité, outre qu'elle révèle les difficultés relatives à l'identification du lieu de survenance du dommage¹⁴⁷¹, montre également l'intérêt de bénéficier d'une règle de responsabilité adéquate.

Aussi, si tant est que l'État sur le territoire duquel serait survenu l'accident présente une règle de responsabilité efficace permettant d'engager la responsabilité de l'exploitant (ce que l'on ne pourrait que politiquement exiger dans la mesure où la compétence de ces tribunaux impliquerait bien souvent qu'il ait été l'hôte d'une installation de fusion), cette situation pourrait encore être gérable. Il est cependant un dernier cas dans lequel la question peut se complexifier. De nombreux acteurs peuvent en effet intervenir pendant la durée de vie d'un réacteur nucléaire. Or si la multiplicité des actions en réparation peut entraîner la concurrence de compétence internationale de nombreux tribunaux, cela constitue une hypothèse probable en cas de transport de substances nucléaires, question qui fera l'objet de notre prochain développement.

2. L'existence d'un risque « transfrontière »

363. La question du transport nucléaire. Lors de l'examen par le Secrétariat de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire de l'applicabilité et l'adaptabilité des principes de responsabilité civile au risque nucléaire de fusion, certaines réserves avaient été émises quant au maintien du principe d'unicité de juridiction. Les premières, nous les avons évoquées, concernaient la possibilité de la survenance d'un accident transfrontière en raison de facteurs conjoncturels. Le rapport avait, en effet, conclu que le risque d'un accident transfrontière demeurerait difficile à évaluer puisqu'il dépendrait de la future conception des installations et de leur emplacement. Un autre élément avait cependant été également pris en compte : celui du transport transfrontière des substances, comme le tritium et les déchets radioactifs. Aujourd'hui, l'industrie de la fission nucléaire est très internationale, et la couverture du transport de matière nucléaire par le régime de responsabilité civile nucléaire permet d'assurer la viabilité commerciale de ce réseau interconnecté. Cela pourrait ainsi en être de même pour la fusion.

La question de la responsabilité de l'exploitant nucléaire au cours du transport de substances nucléaires, relevant du champ d'application des conventions de responsabilité civile nucléaire, est principalement réglée à l'article 4 de la Convention de Paris et à l'article II de la Convention de Vienne. À cet égard, les deux textes disposent peu ou prou des mêmes conditions concernant l'engagement de la responsabilité de l'exploitant. En règle générale, l'exploitant, expéditeur des substances nucléaires (« matières nucléaires » dans le cadre de la Convention de Vienne), est responsable jusqu'au moment de la prise en charge des substances nucléaires par l'exploitant destinataire, soit en vertu des dispositions d'un contrat écrit, soit par exécution d'un acte matériel (par exemple le déchargement). La législation de l'État contractant peut cependant prévoir que pour les accidents en cours de transport, la responsabilité du transporteur soit substituée à celle de l'exploitant, par accord entre eux, dans les mêmes conditions que pour le second. Dans cette hypothèse, le transporteur est ainsi

¹⁴⁷¹ Voy. Partie II, Titre II, Chapitre 2.

considéré comme un exploitant nucléaire¹⁴⁷². Ces dispositions sont complétées par la Convention de Bruxelles de 1971 relative à la responsabilité dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires¹⁴⁷³.

364. Le transport et l'exploitation de la fusion. Un accident nucléaire survenant au cours du transport de substances nucléaires en provenance ou à destination d'une installation de fusion nucléaire pourrait donc avoir un caractère international. Outre le cas où l'accident surviendrait sur le territoire d'un État autre que l'État dans lequel se trouve l'installation en cause, l'accident peut survenir dans un lieu qui ne peut être déterminé avec certitude ou qui n'est soumis à aucune juridiction. Dans ces hypothèses exposées *supra*, les conventions de responsabilité civile nucléaire organisent la compétence juridictionnelle¹⁴⁷⁴. En résumé, l'intérêt de l'élaboration des régimes de responsabilité civile nucléaire n'est pas seulement de permettre le règlement du problème des effets d'un accident survenu sur le territoire d'un État et causant des dommages par-delà les frontières. Il se trouve également dans l'encadrement de la responsabilité des transactions internationales, en particulier du transport international de substances nucléaires, mais également de toute évolution inédite à l'instar de l'initiative russe évoquée précédemment¹⁴⁷⁵. Partant, d'aucuns pourraient considérer que le maintien d'un champ géographique large et du principe de l'unicité de juridiction s'avère justifié à cet endroit pour la fusion nucléaire.

Cela étant, il faut bien saisir la donnée du problème. D'une part, l'industrie de la fusion nucléaire aura peut-être moins recours au transport international que celle de la fission nucléaire. Il faut rappeler une nouvelle fois que dans les installations de fusion pure, le tritium devrait être en grande partie produit dans l'installation elle-même. Cependant, que les installations de fusion soient amenées à fonctionner de manière autarcique, il pourrait en être différemment pour ce qui concerne leur approvisionnement initial en tritium. C'est ainsi que nous avons déjà étudié le cas d'ITER qui devrait s'alimenter auprès de centrales nucléaires canadiennes¹⁴⁷⁶. De plus, certaines parties de la structure activée du réacteur pourraient être recyclées dans d'autres réacteurs, de telle sorte qu'un accident aux conséquences transfrontières, quoique de faible ampleur, pourrait survenir¹⁴⁷⁷. Cela étant, que l'accident survienne en cours de transport ne devrait pas de nouveau poser de difficultés procédurales insurmontables. Que le lieu soit inconnu ne saurait empêcher les victimes de rechercher la responsabilité du désigné responsable devant un tribunal compétent. Encore une fois, si tant est que l'accident reste de faible ampleur, le contrôle des sommes disponibles serait peu important. Sans préjuger des difficultés susceptibles de poindre à d'autres endroits, cela pourrait ne pas justifier le maintien du principe d'unicité de juridiction. De nouveau, le problème principal résiderait dans la substance de la loi applicable, dont il faudrait s'assurer qu'elle permette l'engagement du responsable « le plus

¹⁴⁷² *Convention de Paris* (2004), art. 4.e ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. II.2.

¹⁴⁷³ Voy. *Convention relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires*, signée à Bruxelles, le 12 décembre 1971, entrée en vigueur le 15 juillet 1975, vol. 974, p. 255.

¹⁴⁷⁴ Voy. *supra*. § 1, B, 1.

¹⁴⁷⁵ Nous faisons référence au projet de centrale nucléaire flottante russe évoqué *supra* note n°1344.

¹⁴⁷⁶ Voy. *supra* Chapitre préliminaire, Section 2.

¹⁴⁷⁷ Voy. AEN, « Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Conventions: Fusion Reactors », *op. cit.*, p.7

opportun » de manière à faciliter les démarches des victimes. En effet, là où le caractère transfrontière ou transnational d'un événement dommageable devient un problème, c'est quand il prive les victimes de la réparation de leur dommage et qu'il crée alors une iniquité entre elles. Lié au défaut d'harmonisation des droits internes dans la réception des dommages causés par les activités à risque, ce sera toutefois l'objet de développements ultérieurs¹⁴⁷⁸.

365. Conclusion du § et de la Section. L'accident la fusion nucléaire ne présente pas les mêmes caractéristiques que l'accident de fission nucléaire. Les études menées pour apprécier le risque nucléaire de fusion ont montré que le risque d'accident transfrontière s'avérerait particulièrement réduit dans ce contexte. Cependant, nous avons montré que si les conséquences directes d'un accident ne dépassaient pas les frontières d'un État, le risque transfrontière et transnational subsisterait, et justifierait que puisse s'envisager le maintien de certaines solutions dérogatoires du droit international privé de « droit commun ». Si le principe de l'unicité de juridiction et la détermination du champ d'application des conventions ont été principalement guidés par le caractère substantiellement transfrontière de l'accident nucléaire de fission, leur consécration a également été confortée par l'instauration des autres principes de ce régime. Aussi, si tant est que ces difficultés soient évacuées, les problèmes procéduraux résultant d'un accident de fusion, comme l'impératif d'une convention internationale au champ géographique large, seraient moindres. Le droit international privé de « droit commun » pourrait même s'avérer favorable pour les victimes, en témoigne la situation des victimes des États non contractants¹⁴⁷⁹. Le recours à ce droit imposerait toutefois le respect de deux conditions. D'une part, il faudrait être sûr que les droits internes puissent connaître un minimum d'harmonisation dans leur législation relative à la réception des dommages causés par les activités à risque de manière à ce que les dommages puissent être réparés *quel que soit le lieu où ils sont subis par les victimes* (ce qui est *in fine* le but des conventions de droit international privé). D'autre part, il faudrait s'assurer de l'effectivité des décisions ainsi rendues en garantissant le principe de leur exécution, ce qui est déjà bien admis au sein de l'Union européenne par le Règlement Bruxelles I *bis*. Les différences de traitement susceptibles de subsister, et s'inscrivant dans de justes limites, ne seraient ensuite que les conséquences du jeu du droit international privé¹⁴⁸⁰.

Conclusion du Chapitre. Si l'on considère que la spécificité de l'accident nucléaire de fission a exigé de déroger aux règles de droit commun, la spécificité de l'accident de fusion aurait dû le justifier également. La réalité est quelque peu différente. Les règles du régime de responsabilité civile nucléaire ont été instaurées car elle permettait d'assurer la cohérence de l'ensemble de ce régime et donc de son équilibre. Ainsi, le principe de canalisation, s'il est certes une faveur pour les victimes, permet surtout de garantir les limitations monétaires de la responsabilité et, nous le verrons, son assurabilité. Le principe d'unicité de juridiction remplit cette même fonction, en sus de garantir une réparation uniforme des dommages subis, à l'égard desquelles, nous le verrons, les conventions sont également intervenues matériellement. Pour cela, si nous avons pu remettre en causes les règles relatives au

¹⁴⁷⁸ Voy. Partie II, Titre II, Chapitre 2.

¹⁴⁷⁹ Voy. *supra* note n°1056.

¹⁴⁸⁰ Pour la démonstration d'une hypothèse moins acceptable, voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2.

traitement centralisé à l'endroit de la fusion, ou encore douter (mais dans une moindre mesure) de la pertinence du principe de canalisation, cette remise en cause ne sera valable que pour autant que le coût d'un accident de fusion ne justifie pas des dérogations. Cela étant, une condition doit subsister : que les États se dotent d'une règle de responsabilité *même sans faute* apte à réceptionner les dommages de fusion et dont la mise en œuvre serait effective, cela quand bien même cette même règle a trouvé un fondement explicatif décevant au sein du régime de responsabilité civile nucléaire. Pour toutes ces raisons, ce n'est qu'en ayant une vision générale de cet équilibre qu'il nous sera possible de jauger de l'adaptabilité de ce régime à la fusion. Pour ces mêmes raisons, il s'agira de poursuivre notre recherche, en passant à l'étude des principes qui ont été justifiés par le caractère spécifique des dommages susceptibles de résulter d'un accident nucléaire de fission et qui ont constitué le terrain de dispositions relativement radicales.

CHAPITRE 2

LA SPÉCIFICITÉ DES DOMMAGES DE FUSION

366. Les enjeux de la réparation des dommages nucléaires. Si la complexité inhérente à l'énergie atomique a influé sur les règles relatives à l'engagement de la responsabilité en cas d'accident nucléaire, elle a également imposé une adaptation des conditions classiques de la réparation découlant de l'engagement de cette responsabilité. À l'aube de l'exploitation de l'énergie nucléaire, le savoir scientifique disponible était tel qu'il entretenait encore une part d'incertitude. Les dommages résultant d'un accident nucléaire s'avéraient difficiles à évaluer, et l'établissement du lien de causalité entre l'accident nucléaire et ces mêmes dommages, difficile à établir. Or, selon les règles traditionnelles de la responsabilité, celui qui a causé un dommage doit le réparer et répondre de l'ensemble de ses conséquences avec tout son patrimoine. Face au risque nucléaire, le principe de la responsabilité illimitée était cependant apparu comme « inadéquat sur le plan juridique » en sus d'être « dangereux sur le plan économique »¹⁴⁸¹. La grande portée de la responsabilité *même sans faute* et, surtout, la spécificité « quantitative » et « qualitative »¹⁴⁸² des dommages causés par un accident nucléaire en raison duquel cette responsabilité pouvait être engagée, ont ainsi commandé de lui instaurer une obligation de garantie financière. La difficulté étant cependant que cette obligation de garantie n'aurait pu être suffisante à couvrir des dommages potentiellement incommensurables. Elle appelait ainsi un « complément logique »¹⁴⁸³, une contrepartie résidant dans la limitation des conséquences pécuniaires de cette dernière. Mais c'est alors un nouveau problème qui pouvait surgir, questionnant sur le tri à opérer entre les victimes que cette limitation supposait, ou encore de la durée pendant laquelle des réclamations pourraient être introduites. On l'a évoqué et le propos précédent l'a mis en lumière, il est difficile d'opérer une classification entre ces principes tant leur interdépendance est forte. Cette classification est cependant nécessaire si l'on veut mener à bien notre étude.

367. Plan. Pour cela, il s'agira de distinguer les règles ayant permis de réceptionner ces dommages essentiellement diffus, c'est-à-dire celles relatives aux conditions du dommage réparable par application du régime de responsabilité civile nucléaire (*Section 1*), des règles ayant spécifiquement trait au financement de la réparation, c'est-à-dire celles qui déterminent le *quantum* de la réparation (*Section 2*).

SECTION 1. L'ADAPTATION DE LA RESPONSABILITÉ À LA SURVENANCE DE DOMMAGES DIFFUS

368. Aperçu de la spécificité des dommages résultant des activités nucléaires. Selon Jean HÉBERT, les mécanismes classiques du droit « reposent implicitement sur la physique de l'homme de la rue, pour laquelle un homme normal doit pouvoir percevoir et constater les causes et les effets des phénomènes et en témoigner »¹⁴⁸⁴. Lors de l'exploitation de l'énergie nucléaire, la plupart des

¹⁴⁸¹ R. FORNASIER, « Le droit international face au risque nucléaire », *AFDI*, vol. 10, 1964, p. 308

¹⁴⁸² J.M. LOPEZ OLACIREGUI, « Responsabilité civile et droit nucléaire », *BDN*, vol. 5, 1970/1, p. 32.

¹⁴⁸³ T. MELESCANU, La responsabilité pour les dommages nucléaires, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁸⁴ J. HÉBERT, « Introduction aux travaux de la journée consacrée à l'examen de certains problèmes posés par le "dommage nucléaire" », in *Droit nucléaire européen*, *op. cit.*, p. 4.

phénomènes qui se produisent sont accompagnés de radiations, et ce sont ces radiations qui causent, en cas d'accident nucléaire, des préjudices aux êtres humains, à l'environnement et aux choses. L'effet physiologique des radiations réside dans leur action ionisante, laquelle génère de l'énergie pouvant avoir pour incidence de modifier la matière vivante, au niveau cellulaire où ces rayonnements induisent des lésions. Or, ces radiations ionisantes échappent à la perceptibilité des sens de l'homme. Leur action est soit quasiment instantanée et brutale, soit au contraire cumulative et insidieuse. Surtout, leurs effets biologiques peuvent n'apparaître qu'après un temps de latence, long de plusieurs années ou de plusieurs générations. Dans ces hypothèses, les difficultés classiques du droit de la responsabilité se sont alors posées sous un jour nouveau, voire se sont accrues.

369. Plan. Cette recrudescence ayant ainsi révélé l'inadaptation des règles des droits communs de la responsabilité pour organiser la réparation des dommages causés par un accident nucléaire, elle a amené les rédacteurs des conventions de responsabilité civile à limiter la responsabilité à la survenance de certains dommages, tout en respectant les spécificités nationales des États (§ 1). Aux fins de l'application du régime conventionnel aux dommages résultant des activités de fusion, il s'agira donc d'apprécier l'adéquation de ces limitations à ces derniers (§ 2).

§1. L'influence du caractère diffus des dommages nucléaires sur l'étendue de la responsabilité

370. Une dérogation éventuelle au principe de réparation intégrale. En droit français de la responsabilité, comme dans de nombreux droits étrangers, le respect du principe de la réparation intégrale du dommage impose, à tout le moins dans son interprétation la plus acceptée, la réparation de l'intégralité du « dommage [préjudice] » subi par la victime, c'est-à-dire la réparation de l'entier dommage réparable sans perte ni profit¹⁴⁸⁵. Pour certains auteurs, le principe de réparation intégrale imposerait également la réparation de l'intégralité des différents « dommages [chefs de préjudices] » subis par la victime¹⁴⁸⁶. Quoique cette seconde interprétation du principe soit remise en cause par une partie de la doctrine¹⁴⁸⁷, il reste que si le droit nucléaire est venu déroger au principe de réparation intégrale, ce serait d'abord dans ce second versant. Les rédacteurs des conventions de responsabilité civile nucléaire sont effectivement venus encadrer la réparation en consacrant la notion de *dommage*

¹⁴⁸⁵ Voy. la célèbre formule de la Cour de cassation, empruntée à René SAVATIER, « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans une situation où elle se serait trouvée si le dommage n'avait pas eu lieu » : Cass. civ. 2, 28 octobre 1955, *JCP G* 1955, II, 8765. La doctrine, comme le juge, admet ainsi généralement le principe d'une responsabilité de l'auteur du dommage par application de laquelle la victime doit recevoir une indemnité lui permettant de vivre dans les mêmes conditions que si le dommage n'avait pas eu lieu, sans perte ni profit : *tout le préjudice, rien que le préjudice*. Cette règle, que l'on retrouve par différentes variations dans de nombreux droits étrangers constituerait ainsi une application du principe de *restitutio in integrum*, dont la doctrine s'accorde à retracer l'origine dans l'équité, voire dans le droit naturel, et que l'on retrouve également en droit administratif ou encore en droit international public : voy. sur l'universalité du principe P. PIERRE, F. LEDUC (dirs.), *La réparation intégrale en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 42.

¹⁴⁸⁶ Voy. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, p. 151 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitants une activité à risque*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 552 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, Paris, LGDJ, 2013, p. 352 ; H. BELRHALI, *La responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 2017, p. 373 ou encore S. CARVAL, P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2017, p. 155 soulignant ainsi que les juges français affirment constamment que l'évaluation doit prendre en compte tous les chefs de préjudices « indemnisables » dont la réparation est demandé par la victime et s'en référant notamment à Cass. civ. 1, 25 mars 2009, n°07-20.774, *Bull. civ. I*, n° 70.

¹⁴⁸⁷ Voy. notamment M-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, p. 269 ; J. CARBONNIER, *Droit civil : tome IV : les obligations*, Paris, PUF, 22^{ème} éd., 2000, p. 319 ; C. GRARE, *La cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, op. cit., pp. 198-199 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 38 pour qui cette seconde interprétation du principe reviendrait, *in fine* « à dénier toute possibilité d'appliquer, un jour, une véritable réparation intégrale [...] l'éventualité de voir apparaître de nouveaux préjudices réparables n'[étant] pas écartée ».

nucléaire, c'est-à-dire *in fine* le « dommage » pour lequel les victimes peuvent obtenir réparation au titre du régime conventionnel. Ils ont ainsi limité *ratione materiae* la responsabilité¹⁴⁸⁸ de l'exploitant (A.). En second lieu, les rédacteurs des conventions sont venus limiter dans le temps la responsabilité (éventuelle) de l'exploitant (B.).

A. Une limitation *ratione materiae* de la responsabilité de l'exploitant

371. Une définition binaire du dommage nucléaire. Pour Jean COMBACAU, « le dommage n'est pas une notion de fait, mais un concept construit par le droit » caractérisé par deux éléments¹⁴⁸⁹. Le premier de ces éléments lui est propre et tient à ses caractères internes. Un trait commun à tous les systèmes de responsabilité serait, en effet, que la responsabilité ne peut être engagée — toutes les autres conditions étant réunies — qu'à raison d'un dommage *au sens juridique* du terme. Le dommage ne serait « pas n'importe quel mal dont se plaint la victime ». Il serait seulement

« un mal consistant dans l'atteinte à un "droit" ou à un "intérêt légalement protégé" », que chaque système juridique est libre d'ouvrir plus ou moins, de manière que le droit à réparation en découlant soit également plus ou moins élargi¹⁴⁹⁰.

Le dommage au sens juridique du terme ne serait donc finalement pas autre chose que ce qu'une partie de la doctrine civiliste française pourrait identifier précisément sous le terme de *préjudice (réparable)*, sur laquelle nous reviendrons *infra*, et que l'on continuera ici de qualifier comme le *dommage nucléaire* pour rester fidèle à l'esprit des conventions¹⁴⁹¹.

Le second élément caractérisant le dommage serait quant à lui extérieur, et tiendrait à son lien avec l'évènement qui le produit. Le dommage ne serait effectivement pas définissable en soi parce que la notion ne se concevrait qu'en couple avec celle de fait générateur. Ainsi,

« (u)n dommage, c'est un mal quelconque, mais causé à quelque chose, et c'est cette "cause" qui fait du mal à un "effet" et qui lui donne sa qualité juridique de dommage [...]; autrement dit le dommage n'existe pas naturellement, il est une catégorie intellectuelle, qui ne prend sa consistance que par l'opération *a posteriori* consistant à relier un mal, notion naturelle, à un fait, autre notion naturelle, pour affirmer que celui-ci a provoqué celui-là, qu'il y a entre eux un rapport de causalité ; ce rapport n'est évidemment pas intrinsèque, mais perçu de l'extérieur ; pour qu'il y ait responsabilité, il faut donc qu'il y ait ici un fait, là un autre fait, et qu'une autorité extérieure érige l'un en cause de l'autre »¹⁴⁹².

Cette construction binaire du dommage réparable, et même de la responsabilité, si elle se retrouve chez certains civilistes français à travers la notion de dommage « direct »¹⁴⁹³, s'observe également, quoique sous une forme quelque peu différente, au sein de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris. Ces dernières définissent explicitement le *dommage nucléaire* comme le dommage

¹⁴⁸⁸ Sur la limitation de la responsabilité et non de la réparation, voy. *infra* Section 2.

¹⁴⁸⁹ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 569.

¹⁴⁹⁰ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 569.

¹⁴⁹¹ Voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

¹⁴⁹² J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 530.

¹⁴⁹³ Voy. sur l'absorption de la causalité par celle de dommage les références de C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 15-16 *contra* J. FISCHER, « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 385 : « [p]ire, la causalité est même suspectée de ne pas être une notion véritable mais le simple caractère direct du dommage. La responsabilité pourrait alors être présentée selon un plan binaire familier des juristes : I. le dommage sous toutes ses formes. II. Le fait générateur fautif ou non. Cette simplification excessive nuit à la compréhension de la matière et dissimule fort mal sa réelle complexité ».

résultant des *propriétés radioactives de combustibles nucléaires* ou *produits ou déchets radioactifs*, ou d'une *émission de rayonnement ionisant* se trouvant sur une installation¹⁴⁹⁴.

372. Plan. C'est en suivant cette construction qu'il s'agira de s'intéresser dans un premier temps à la définition intrinsèque du *dommage nucléaire*, comme incluant l'appréhension du préjudice réparable au titre du régime conventionnel (1.). Cela établi, nous nous concentrerons sur la définition extrinsèque de ce dernier, c'est-à-dire son caractère *nucléaire*, et sur son influence sur la question de la détermination du lien de causalité (2.).

1. La définition intrinsèque du dommage nucléaire

373. Un mouvement de prolifération ayant influé le droit nucléaire. Comme le souligne Philippe LE TOURNEAU, « le temps n'est plus où Aubry et Rau pouvaient consacrer un paragraphe de sept lignes à la présentation des *préjudices* réparables [...]. Cette présentation rudimentaire a été considérablement malmenée par la prolifération de dommages réparables »¹⁴⁹⁵. Phénomène observable en droit français, mais aussi ailleurs, il a été tenu, dans un premier temps, éloigné de la responsabilité civile nucléaire¹⁴⁹⁶. En effet, lors de l'élaboration des conventions de responsabilité civile nucléaire, l'objectif des rédacteurs était d'établir une définition uniforme du *dommage nucléaire*. Outre le critère de la radioactivité comme élément déterminant de la définition, les rédacteurs des conventions sont venus restreindre le droit à réparation des victimes en délimitant, en amont les dommages qui pourraient faire l'objet d'une réparation — faisant ainsi, pour le juriste français, évoluer la notion de *dommage nucléaire* à celle de « préjudice nucléaire ».

374. Plan. En réalité, ce sont les divergences existant sur ce point entre les États qui ont contraint les rédacteurs à fournir une définition *a priori* restrictive (a.). Les modifications apportées par la suite aux conventions ont *in fine* permis de l'élargir, sans pour autant rompre avec les spécificités nationales des États parties (b.).

a. Une définition initialement laconique

375. Une définition *a priori* stricte du dommage nucléaire. Classiquement, le droit de la responsabilité civile français discernait les dommages matériels, corporels ou encore moraux, ou encore les dommages patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Le régime conventionnel a cependant introduit une distinction plus moderne reposant sur les atteintes à la personne, d'une part, et les

¹⁴⁹⁴ Voy. *Convention de Paris* (1982), art. 1.a.i) ; *Convention de Paris* (2004), art. 1.vii) ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier 1.k.

¹⁴⁹⁵ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 560. L'auteur fait référence à la citation suivante : « [l]e dommage comprend toujours la perte et le manque de gain que le délit a occasionnés à une personne (*damnum emergens* et *lucrum cessans*). Il comprend en outre, du moins lorsqu'il s'agit d'un délit de Droit criminel, le tort moral que le délit a fait éprouver à la personne lésée, soit en la troublant dans sa sûreté personnelle ou dans la jouissance de son patrimoine, soit en la blessant dans des affaires légitimes » : C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, 4^e ed., Paris 1871, § 445. Dans le même sens voy. L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1998, p. 37 ou encore P. BRUN, « Rapport introductif » in *La responsabilité civile au XXI^e siècle : bilan prospectif*, RCA, 2001, p. 7 : « la liste des préjudices réparables s'allonge sans-cesse. Depuis que le juge a transformé le cheval Lunus en une poule aux œufs d'or, on ne sait plus très bien où sont les limites : toute frustration devient préjudice a-t-on dit ».

¹⁴⁹⁶ Sur l'idéologie de la réparation en droit français, voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2.

atteintes aux biens, d'autre part¹⁴⁹⁷. Ainsi, aux termes de la Convention de Paris de 1982 et de la Convention de Vienne de 1963, seuls les décès, les dommages aux personnes, la perte de biens et les dommages aux biens sont réparés au titre du régime institué¹⁴⁹⁸. Si le sens de ces termes n'a pas été précisé, il résulte des travaux préparatoires des conventions qu'ils devaient néanmoins être compris *stricto sensu*. Autrement dit, le dommage à la personne serait entendu comme le dommage résultant de la seule atteinte à l'intégrité physique de la personne humaine. La définition exclurait ainsi, sinon l'atteinte à l'intégrité psychique, à tout le moins les dommages patrimoniaux consécutifs de ces atteintes¹⁴⁹⁹ et toutes autres conséquences extrapatrimoniales¹⁵⁰⁰. Quant au dommage aux biens, il serait entendu dans le sens classique de la définition du dommage matériel, c'est-à-dire résultant de l'atteinte à l'intégrité d'un bien matériel ou de la substance d'une chose¹⁵⁰¹. Toutefois, il aurait été limité à la perte éprouvée (*damnum emergens*) par exclusion de tout préjudice économique pur¹⁵⁰², tout dommage moral en résultant, mais également et surtout de tous les dommages immatériels que représente le *lucrum cessans* (autrement dit le gain manqué). Sur ce point, tant les affaires *Merlin* et *Blue Circle Industries* évoquées *supra*¹⁵⁰³, que l'arrêt rendu en l'affaire opposant le Domaine du Diamant noir et l'exploitant de la centrale du Tricastin ont apporté un témoignage des limites apportées à la définition du *dommage nucléaire*¹⁵⁰⁴.

¹⁴⁹⁷ Voy. sur la modernité et l'apport de cette distinction reprise par d'autres régimes spéciaux M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 133-134. En dépit de l'apport de la nomenclature Dintilhac pour les dommages corporels, il est en effet extrêmement difficile de fournir une typologie exacte de ces préjudices, tant cela peut varier d'un auteur à l'autre, et d'un tribunal à l'autre : voy. P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, p. 510 et pour des exemples de typologies diverses M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 134 et ss. ; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Economica, 2016, pp. 500 et ss ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, pp. 143 et ss.

¹⁴⁹⁸ *Convention de Paris* (1982), art. 3.a ; *Convention de Vienne* (1963), art. Premier.1.k.i. Rappelons néanmoins que le régime conventionnel de Vienne comme de Paris n'ont jamais couvert, que ce soit dans leurs versions initiales ou révisées, les dommages causés à l'installation nucléaire elle-même ou à d'autres installations nucléaires, même en cours de construction, qui se trouverait sur le site où serait implantée cette installation et les biens qui se trouveraient sur ce même site, et qui sont ou doivent être utilisés en rapport avec l'une ou l'autre de ces installations : *Convention de Paris* (2004), article 3.a ; *Convention de Vienne* (1963, 1997) art. IV.5. Concernant les dommages causés aux personnes, la question est aujourd'hui encore laissée ouverte dans le cas des dommages causés aux « préposés ». Les Conventions ont laissé le choix aux États de faire bénéficier ces individus du régime de responsabilité civile nucléaire, en plus des régimes de sécurité sociale ou de responsabilité professionnels éventuellement instaurés à cet effet dans les droits nationaux : *Convention de Paris* (2004), art. 6.h ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. IX ; *Exposé des motifs* (2004), p. 29, § 63 ; *Textes explicatifs*, p. 9.

¹⁴⁹⁹ Si les textes sont restés silencieux sur cette question, l'affirmation est déduite de l'étude de la nouvelle définition qui sera étudiée ci-après.

¹⁵⁰⁰ Voy. *Exposé des motifs* (1982), p. 9, § 39 lequel fait expressément référence aux dommages corporels. En droit français, celui-ci induit nécessairement l'atteinte à l'intégrité physique et l'atteinte à l'intégrité psychique que le juge distingue du dommage moral : voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, Paris, Dalloz, 2016, 8^{ème} éd., pp. 21,32. Ainsi, peu nombreux sont les États ayant accepté la possibilité d'une réparation du dommage moral par application des conventions, dès lors qu'il n'était pas considéré comme un préjudice réparable dans leurs droits internes. L'Allemagne a ainsi longtemps adopté une approche très réservée du dommage moral, ou autres préjudices extrapatrimoniaux. Si elle a admis une réparation pour les préjudices extrapatrimoniaux résultant d'une atteinte corporelle, à la santé, à la liberté ou à l'autonomie sexuelle en 2002, ce n'est qu'en 2017 qu'elle a posé le principe de l'indemnisation pour le préjudice moral des suites du décès d'un proche : voy. Z. JACQUEMIN, « La perte d'un être cher fait son entrée en droit allemand », *RDC*, 2018/2, p. 303. En droit français, cette restriction aurait théoriquement pu poser certaines difficultés, que ce soit à l'endroit du dommage subi par les survivants des personnes décédés, ou en cas de stérilité engendré par les rayonnements ionisants, ou encore plus récemment dans l'identification de nouveaux dommages résultant d'accident « catastrophique » tel que le préjudice d'angoisse sur lesquels nous reviendrons *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2 : voy. spécifiquement J. HÉBERT, « Application aux cas particuliers des dommages subis par l'enfant conçu et des dommages génétiques d'origine nucléaire » in *Droit nucléaire européen, op. cit.*, p. 22-26.

¹⁵⁰¹ Une difficulté peut néanmoins apparaître ici lorsque le dommage matériel résulte d'un dommage corporel et se confond avec la notion avec le dommage patrimonial : voy. M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, p. 503.

¹⁵⁰² Voy. P. SIMON, M-R. HENNEBICQ, « La responsabilité des exploitants de navires nucléaires », *RIDC*, 1962, p. 640 *contra* C. HOLTZ, « La notion de dommage aux biens et les questions connexes en droit de la responsabilité civile – conséquences possible pour la Convention de Paris », *BDN*, vol. 40, 1987/2, p. 94.

¹⁵⁰³ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2, a.

¹⁵⁰⁴ TGI Paris, 6^e ch. 1^{re} sect., 15 mai 2012, n° 09/07424 concernant la demande en réparation d'un introduite par un producteur de vin après un accident nucléaire survenu sur installation à proximité, laquelle avait porté atteinte à l'image du producteur et induit des pertes économiques : « les dommages économiques dits *immatériels* en relation directe avec la dégradation de l'environnement [ici un accident

376. Une définition extensible du *dommage nucléaire*. Plutôt que d'affirmer le caractère restrictif des dommages couverts par le régime de responsabilité civile nucléaire, il convient de voir ces définitions comme des lignes directrices sur lesquelles les auteurs des conventions se sont accordés. Ces définitions données par les conventions ne sont que partielles et leurs compléments se trouvent dans les prescriptions légales du droit national du tribunal compétent ; un renvoi édicté, selon Zaki EL SHAARAOUI, par la « nécessité »¹⁵⁰⁵. En effet, si les conventions ne contiennent aucune disposition définissant en détail les dommages tant matériels que corporels ouvrant droit à réparation, c'est en raison de la diversité des règles législatives ou jurisprudentielles relatives à la responsabilité dans les États parties à ces conventions. Lors de l'élaboration de ces instruments, les rédacteurs étaient tout à fait conscients de l'importance décisive de la définition du *dommage nucléaire* et de son unification. Ils avaient pour objectif principal d'en donner une définition uniforme qui soit acceptée et appliquée de façon identique au sein de tous les États parties, et ce malgré les divergences profondes existant entre les droits nationaux sur la définition du dommage réparable. Pour éviter d'être entraînés dans des querelles de détails susceptibles d'entraver leurs travaux ou de mettre en échec leur adoption, les auteurs des conventions se sont donc contentés de réaliser, autant que faire se peut, leur objectif¹⁵⁰⁶. *De facto*, le législateur national était donc libre de mettre au point une définition *ad hoc* ou de s'en référer au droit commun applicable¹⁵⁰⁷. Cela avait d'ailleurs été le choix des rédacteurs de la Convention de Vienne de 1963 de l'expliciter au sein du texte en ajoutant à la définition du *dommage nucléaire* un alinéa aux termes duquel la notion pouvait couvrir « tout autre perte ou dommage ainsi provoqué, dans la mesure où le droit du tribunal compétent le prévoit »¹⁵⁰⁸.

Compte tenu de la position fort variable de chaque droit commun, la question s'est cependant posée de savoir si un tel renvoi ne constituerait pas une source d'inégalité entre les victimes d'un même accident nucléaire, lorsque cette détermination devait renvoyer « au droit du tribunal compétent ». Le principe d'unicité de juridiction devait permettre d'exclure en grande partie cet inconvénient, mais il aurait effectivement subsisté dès lors que l'inclusion dans des règles de conflits de lois pouvait ne pas autoriser l'application de la *lex fori*¹⁵⁰⁹. Cette préoccupation a donc, entre autres, justifié la révision de la définition du *dommage nucléaire* au sein des conventions¹⁵¹⁰.

nucléaire survenu sur le site du Tricastin] comme *l'atteinte à l'image* n'entrent pas dans la définition des dommages nucléaires indemnisables par le régime de la responsabilité civile nucléaire applicable en France », et dans le même sens CA Paris, 22 novembre 2013, n° 12/09492. Rappelons que le fondement de la demande en réparation était ici la Convention de Paris de 1982, le Protocole de 2004 n'étant pas entrée en vigueur.

¹⁵⁰⁵ Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, op. cit., p. 95 ; H. STEINKEMPER, "Questions raised by the concept of nuclear damage in the ambit of the nuclear Conventions, with particular regard to the German viewpoint" in OCDE/AEN, *La responsabilité civile et l'assurance, Symposium de Munich 1984*, Paris, Éd. OCDE, 1985, p. 231.

¹⁵⁰⁶ *Exposé des motifs* (1982), p. 9, § 39 ; AIEA, « Commentaire, article par article, sur le projet de Convention établissant des normes internationales *minima* concernant la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires », *Actes officiels de la Conférence internationale de Vienne*, Vienne, Ed. AIEA, 1964, p. 76 ; J-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, op. cit., p. 437 ; Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, op. cit., p. 96.

¹⁵⁰⁷ Voy. R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », op. cit., p. 249 et T. MELESCANU, *La responsabilité pour les dommages nucléaires*, op. cit., p. 139.

¹⁵⁰⁸ *Convention de Vienne* (1963), art. I.1.k.ii.

¹⁵⁰⁹ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2, b.

¹⁵¹⁰ Voy. V. LAMM, « Le protocole d'amendement de la Convention de Vienne de 1963 », op. cit., p. 192.

b. Une nouvelle définition faussement exhaustive

377. Annonce. L'adoption de la nouvelle définition du *dommage nucléaire*, parce qu'elle a fait l'objet de fortes discussions, est le fruit d'un compromis qu'il conviendra d'exposer (i.), avant de s'intéresser à son contenu (ii.).

i. L'adoption d'une nouvelle définition

378. Les enjeux de la nouvelle définition. Les définitions du *dommage nucléaire* ont été respectivement modifiées par le Protocole de 1997 et par le Protocole de 2004. Après l'accident de Tchernobyl, il est apparu que les divers systèmes juridiques des États pouvaient potentiellement donner des réponses différentes à la question de savoir si, et dans quelles mesures, certaines pertes pécuniaires résultant d'un accident nucléaire pouvaient être considérées comme des dommages aux biens¹⁵¹¹. À cette première préoccupation s'est ajoutée la question des dommages à l'environnement, c'est-à-dire ceux ne pouvant d'aucune manière être assimilés à un dommage matériel et dont la réparation est laissée à la discrétion du droit applicable dans le cadre de la Convention de Vienne de 1963. Pour ces raisons, il est apparu manifeste, lors de la révision de cette Convention, que cette « disposition clé » devait être traitée avec une attention particulière¹⁵¹².

Pour autant, réviser la définition du *dommage nucléaire* n'a pas été sans difficulté. En effet, outre la question relative à la difficulté d'évaluation des dommages à l'environnement en termes monétaires, l'inclusion de nouveaux dommages nucléaires s'est trouvée étroitement liée à celle de l'augmentation du montant de réparation alloué sur la base de la responsabilité de l'exploitant ou sur toute autre base. C'est pourquoi, bien qu'il y ait eu « "accord général" sur le fait que la définition employée était "ambiguë et inadéquate" et qu'une "définition appropriée" devait être élaborée »¹⁵¹³, il fallait également prendre en considération le fait qu'une définition plus large du dommage nucléaire ne pourrait avoir d'effet concret que si l'on pouvait bénéficier des ressources financières suffisantes pour les réparer. Il subsistait la crainte qu'une définition trop large du *dommage nucléaire* puisse compromettre la réparation en cas de décès ou de dommages aux personnes. Indubitablement, l'accroissement du nombre de victimes, directes ou indirectes doit en effet avoir pour conséquence « de placer chaque victime particulière dans une position moins favorable, car plus le nombre de

¹⁵¹¹ Voy. *Textes explicatifs*, p. 38 « [o]n a souligné, par exemple, qu'il existe une différence, du point de vue juridique, entre la perte financière due à la saisie de légumes contaminés et la perte financière due à une baisse du chiffre d'affaire par suite d'un changement d'habitudes chez des consommateurs effrayés par les dangers possibles d'une contamination nucléaire ». Rapprochez avec l'exemple les arrêts en l'affaire du *Domaine du Diamant Noir* suscité : TGI Paris, 6e ch. 1re sect., 15 mai 2012, n° 09/07424 ; CA Paris, 22 novembre 2013, n° 12/09492.

¹⁵¹² Voy. V. LAMM, « Le protocole d'amendement de la Convention de Vienne de 1963 », *op. cit.*, p. 196 et V. SOLJAN, "The New Definition of Nuclear Damage in the 1997 Protocol to Amend The 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage" in OCDE/AEN, *Reform of Civil Nuclear Liability, Budapest Symposium 1999*, *op. cit.*, p. 63 pour qui l'intérêt était même plus large et servait l'intégralité du droit nucléaire, influant même sur les questions de sûreté. Dans le même sens C. BOEHLER, « Réflexions sur la responsabilité et l'accident radiologique ou nucléaire : le cas des accidents du Goiânia, Forbach, Three Miles Island et Tchernobyl », *BDN*, vol. 59, 1997/1, pp. 15 et ss.

¹⁵¹³ *Textes explicatifs*, p. 38.

victimes est élevé, moins elles ont de chances d'être intégralement indemnisées »¹⁵¹⁴. La définition finalement adoptée a donc été le fruit d'un compromis difficile.

379. Une solution de compromis. Ce compromis issu des travaux du Protocole de 1997, et dont le Protocole de 2004 a finalement emprunté le chemin, a consisté à ajouter aux décès et dommages aux personnes, et à la perte de biens et dommages aux biens, un ensemble d'autres types de dommages, dont chacun devrait être réparé « *dans la mesure déterminée par le droit du tribunal compétent* »¹⁵¹⁵. Si la formule est ambiguë, il conviendra d'en apporter une explication. À la différence des solutions qui prévalaient plus ou moins explicitement au sein des conventions, la réparation de ces nouveaux dommages n'est pas laissée à l'appréciation du droit du tribunal compétent, et ce contrairement à ce qui a pu être avancé par certains États¹⁵¹⁶. En réalité, l'ajout de ces nouvelles catégories vise à obliger le tribunal compétent à examiner de tels dommages tout en lui laissant la possibilité de déterminer la portée de la réparation de ces derniers ou tout simplement d'y apporter sa qualification propre¹⁵¹⁷. En fait, au regard des différences existant entre les droits nationaux, toute autre approche visant à fournir une définition du *dommage nucléaire* uniforme et globale aurait, de toute évidence, été vaine¹⁵¹⁸. En fournissant un « modèle ou un schéma à suivre », cette nouvelle définition a donc constitué un progrès notable. Elle a « attiré[e] clairement l'attention des législateurs comme des praticiens du droit sur la nécessité de prendre en compte les divers types de dommages nucléaires énumérés [...] lorsqu'ils sont subis »¹⁵¹⁹.

ii. Le contenu hétérogène de la nouvelle définition

380. Un élargissement par l'inclusion de trois nouveaux types de *dommage nucléaire*. Aux dommages initialement prévus par les conventions de responsabilité civile nucléaire, s'ajoutent des catégories nouvelles, que l'on pourra diviser en trois groupes : les dommages dits immatériels (-1), les dommages constitués par le coût de certaines mesures de restauration (-2), et ceux engendrés par le coût de certaines mesures de sauvegarde (-3).

¹⁵¹⁴ V. LAMM, « Le protocole d'amendement à la Convention de Vienne de 1963 », *op. cit.*, p. 192. Voy. également R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile [...] », *op. cit.*, p. 249 pour qui « [l]a définition du dommage a fait l'objet de longs débats lors de la révision de la Convention de Vienne, dans le souci de couvrir expressément le plus grand champ possible, tout en fixant certains garde-fous destinés à éviter certains abus susceptibles d'entraîner un épuisement prématuré des couvertures disponibles, au détriment des dommages les plus "classiques" ».

¹⁵¹⁵ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii ; *Convention de Vienne* (1997), art. Premier.1.k.

¹⁵¹⁶ Voy. OCDE/AEN, *Méthodes d'évaluation des conséquences économiques des accidents nucléaires*, Paris, Ed. OCDE, 2000, p. 86.

¹⁵¹⁷ Voy. *Textes explicatifs*, p. 38 ; *Exposé des motifs* (2004), p. 25, § 56 : « de tels pertes et coûts constituent des dommages nucléaires, seulement dans la mesure où ils sont qualifiés comme tels par les *dispositions pertinentes du droit national applicables par le tribunal compétent* [on remarquera la non-exclusion des règles de conflits de lois]. Une Partie Contractante n'est pas libre d'exclure de sa loi nationale une quelconque de ces quatre catégories de dommages ; le corpus législatif et juridique national doit contenir des dispositions relatives à chaque catégorie, bien que cette Partie Contractante puisse régler la nature, la forme et l'étendue de la réparation pour chacune de ces catégories ». Dans le même sens voy. *Actes finale de la Conférence des parties sur la révision de la Convention de Paris et de la Convention complémentaire de Bruxelles*, *op. cit.*, p. 74 : « les parties contractantes seront tenues d'inclure ces dommages dans le droit national, même si elles choisissent de le faire que d'une manière restrictive ».

¹⁵¹⁸ P. REYNERS, "Modernization of the Civil Liability Regime for Nuclear Damage Amendment of the Vienna Convention and Adoption of the New Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage", *Report for the Seminar on Nuclear Law in Tallinn*, Estonia, 24-28 août 1998, pp. 4-5. Voy. encore G.C. WARREN, « Révisions de la Convention de Vienne : Examen des travaux et conséquences, sous l'angle de l'assurance, des projets d'amendements », *BDN*, vol. 55, 1995/1, pp. 10, 18.

¹⁵¹⁹ V. LAMM, « Le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne de 1963 », *op. cit.*, p. 199.

– 1 : Une définition tripartite du dommage immatériel. La nouvelle définition pose trois catégories de dommages immatériels. La première est constituée par tout dommage immatériel résultant d'une perte ou d'un dommage aux personnes ou aux biens, à condition que ce dommage soit subi par une victime pouvant intenter une action en réparation d'une telle perte ou d'un tel dommage¹⁵²⁰. Seraient, entre autres, visés par cette catégorie, les frais médicaux ou la perte de revenu due à la maladie ou au décès, la perte de revenu résultant de la destruction de culture contaminée ou de la destruction de l'usine de production, et ce si tant est qu'un tel dommage ne soit pas déjà couvert au titre des dommages corporels et matériels en vertu du droit matériel applicable devant le tribunal compétent, comme cela est le cas en droit français¹⁵²¹.

La deuxième catégorie de dommage immatériel regroupe les dommages constitués par le manque à gagner en relation avec une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation *importante* de cet environnement¹⁵²². Il est ici fait référence au dommage que l'on a qualifié de dommage immatériel pur, voire de dommage économique pur, dès lors qu'il s'agit d'un dommage immatériel subi par une personne sans que ce dommage soit lié à un quelconque dommage corporel ou dommage au bien subi par cette même personne¹⁵²³. Tel pourrait ainsi être le cas de pêcheurs, qui bien que n'ayant aucune propriété sur les poissons de la mer, verraient leur activité s'effondrer si ces poissons s'avéraient contaminés. Tel pourrait également être le cas des gérants d'un hôtel, qui bien que ne possédant pas la plage publique à proximité de leur établissement, verraient leur clientèle

¹⁵²⁰ *Convention de Vienne* (1997), art. 1.k.iii et *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii.3.

¹⁵²¹ Voy. *Textes explicatifs*, pp. 40-41. En droit français, il est ainsi une tradition fort ancienne qui semble assimiler le *lucrum cessans* au *damnum emergens*. En matière de dommage corporel, les dommages immatériels que l'on identifie comme les dommages patrimoniaux font ainsi parties intégrantes de la réparation de ces derniers : voy., outre la nomenclature DINTILHAC, Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, op. cit., sp. p. 21 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} ed., Paris, LGDJ, 2013, p. 30 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., sp. pp. 146-147 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, op. cit., pp. 134 et ss ; M. BACACHE-GIBEILL, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., pp. 512 et ss ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 615 et ss. Au-delà du droit français, nombreux sont les États à prendre en compte ces dommages consécutifs dans le droit communs : voy. pour exemple OCDE/AEN, *Indemnisation en cas d'accident nucléaire*, op. cit, p. 75.

¹⁵²² *Convention de Vienne* (1997), art. 1.k.v ; *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.viii.5.

¹⁵²³ Cette notion, originaire des droits anglo-saxons ou encore du droit allemand, ne semble pas être l'objet de définitions uniformes dans les différents droits nationaux. La définition évoquée est celle retenue au plan international par le Comité maritime international dans un projet de document de travail relatif à l'évaluation des demandes d'indemnisation liées aux dommages de pollution dans le cadre du FIPOL, précurseur en la matière. Cette dernière différerait ainsi de celle retenue par la doctrine française. Néanmoins, dans de nombreux systèmes juridiques, les demandes de « pure perte économique » seraient strictement encadrées et le concept de perte économique diffère dans les systèmes de droit civil et de Common law. Dans les pays de droit civil, notamment en droit français, la notion de préjudice économique n'est pas toujours clairement définie, bien qu'il soit admis des situations dans lesquelles la perte économique peut viser, non seulement les pertes résultant de dommages aux biens et à la personne, mais également celles qui ne résultent pas de ces dommages. Ainsi la réparation de ces préjudices semble bien admise dans le droit français de l'environnement. En Common law, il existe une différenciation claire entre les dommages indirects (*consequential economic loss*) et la pure perte économique. Voy. FIPOL, « Critère de recevabilité des "préjudices économiques purs" et des "mesures de sauvegarde" prises pour prévenir ou limiter les "préjudices économiques purs" », Septième groupe de travail intersession, FUND/WGR.7/6/Add. 1, 1993, p. 3. ; C. LAPOYADE DESCHAMPS, "La réparation du préjudice économique pur en droit français", *RIDC.*, 50-2, 1998, pp. 367-381 ; M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Paris, Institut Universitaire de Varennes, 2017, 654 p. ; V. SOLJAN, "The New Definition of Nuclear Damage in the 1997 Protocol to Amend The 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage", op. cit., pp. 67 et ss ; A. LAYARD, "Nuclear Liability Damage Reform After Chernobyl", *Review of European Community & International Environmental Law*, 1996, Vol. 5, No. 3, p. 220 ; E. K. BANAKAS, "Tender in the Night : Economic Loss – The Issues" in E. K. BANAKAS (dir.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, University of East Anglia, Kluwer, 1996, pp. 3 et ss ; C. HOLTZ, « La notion de dommage aux biens et les questions connexes en droit de la responsabilité civile – conséquences possible pour la Convention de Paris », op. cit., p. 95 et ss. ; W.-H. VAN BOOM, *Pure economic loss – A comparative perspective*, New York, Springer, 2004, 59 p. et spécifiquement que leur admission dans la matière environnementale en droit français : M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « La responsabilité civile environnementale », *Répertoire de Droit civil*, 2021, §§ 152-154, ainsi que la définition donnée par CA Paris, 30 mars 2010, n°08/02278 concernant l'affaire de l'Erika : « l'ensemble des pertes de revenus et des gains manqués, telles les pertes de marchés, les manques à gagner ou les pertes de chiffre d'affaires [dus à la pollution] ».

désert par crainte d'une contamination de la plage¹⁵²⁴. Quoi qu'il en soit, la réparation de ces dommages sera conditionnée par le fait que le tribunal devra, au terme des dispositions pertinentes des conventions, statuer sur « l'importance » de la dégradation de l'environnement, voire sur « la question de l'éloignement des demandes »¹⁵²⁵. En effet, la Convention de Paris de 2004 impose un lien direct entre cette dégradation de l'environnement et le dommage subi¹⁵²⁶, quand la Convention de Vienne est restée silencieuse sur ce point ; les rédacteurs n'ayant pas jugé de son opportunité en raison de sa proximité avec l'appréciation du lien de causalité¹⁵²⁷.

Enfin, la troisième catégorie de dommage immatériel est, quant à elle, exclusive à la Convention de Vienne : elle concerne « tout dommage immatériel, autre que celui causé par la dégradation de l'environnement »¹⁵²⁸. Cette clause « catch-all »¹⁵²⁹ se distingue de la catégorie précédente en ce qu'elle concerne les dommages économiques (purs), principalement subis par des entreprises, qui ne seront pas liés à une jouissance quelconque de l'environnement¹⁵³⁰. À la différence des catégories précédemment listées, ces dommages ne seront réparés que « si le droit général du tribunal compétent concernant la responsabilité civile le permet »¹⁵³¹. Héritage de l'article 1.k.ii de la Convention de Vienne de 1963, ce n'est donc plus la portée de la réparation de ces dommages qui sera là déterminée par le droit du tribunal compétent, mais bien la recevabilité des demandes introduites à leur titre ; cela en application de la seule *lex fori* raison faite de la référence « au droit général du tribunal compétent concernant la responsabilité civile »¹⁵³².

— 2 : Le paradoxe temporel de la réparation du coût des mesures préventives. Les révisions des Conventions de Vienne et de Paris ont respectivement introduit dans la définition du *dommage*

¹⁵²⁴ Voy. pour comparaison en droit français CA Paris, 30 mars 2010, *Erika*, n°08/02278, concernant le préjudice subi dans la perte du chiffre d'affaires d'une agence de voyage, ou la perte subie par une société de conchyliculture, ou encore concernant les activités de pêches et touristiques dues à une pollution maritime TGI Montpellier, 18 mai 2015, n° 14/00831 : « son préjudice économique résulte de la perte d'usage liée à l'activité de pêche, à la diminution des poissons et écrevisses capturés, à la dégradation de l'image du loisir dans l'esprit du public mais aussi à la dégradation de la qualité de consommation qui engendre une désaffection pour la pêche et, avec elle, une baisse de la taxe piscicole ; il s'agit d'un préjudice personnel, direct et certain qui est réparé conformément aux principes du droit commun ». Pour plus d'exemples mêlant préjudice matériel et économiques M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « La responsabilité civile environnementale », *op. cit.*, §§ 153-154.

¹⁵²⁵ Voy. V. SOLJAN, "The New Definition of Nuclear Damage in the 1997 Protocol to Amend The 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage", *op. cit.*, p. 70. Par exemple, l'indemnisation doit-elle être versée à une agence de tourisme ayant son siège loin de la zone polluée, mais dont l'activité principale consiste à effectuer des réservations pour des chambres d'hôtel dans la zone polluée ?

¹⁵²⁶ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii.5.

¹⁵²⁷ De l'avis des rédacteurs du Protocole de 1997, cela revenait à demander *in fine* au tribunal compétent de trancher en dernier ressort sur la question de l'éloignement des demandes *dans la chaîne causale*, donc de trancher en termes de causalité. Dès lors, il n'avait pas été jugé utile d'insérer une telle restriction dans le texte de Vienne : voy. *Textes explicatifs*, p. 41, note 109. Pour comparaison, dans le cadre du FIPOL, la perte économique pure a été limitée les personnes dont les revenus dépendaient directement de l'activité de la mer polluée ou d'activités côtières ou maritimes : voy. M. JACOBSSON, "The International Conventions of Liability and Compensation for Oil Pollution Damage and the Activities of the International Oil Pollution Compensation Fund" in C-M. DE LA RUE (dir.), *Liability for Damage to the Marine Environment*, London, Lloyd's of London Press, 1993, p. 52; *Resolution of the 35th International Conference of the Comité Maritime International in Sydney from 2nd to 8th October 1994*, Doc. Pollution/Sydney, 13.

¹⁵²⁸ *Convention de Vienne* (1997), art. I.1.k.vii. On ne retrouve pas, en effet, de disposition analogue dans le Protocole de 2004, les États parties n'ayant pas été convaincues que ce type de dommages n'ait pas déjà été couvert par les autres éléments de la définition du dommage nucléaire : voy. *Acte final de la Conférence sur la révision de la Convention de Paris*, *op. cit.*, p. 74, § 12, note 11 ; R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », *op. cit.*, p. 250.

¹⁵²⁹ R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions » *op. cit.*, p. 250.

¹⁵³⁰ Pour cette raison, l'expression a été préférée de « dommage immatériel » dans le texte de la réparation plutôt que de manque à gagner. Pour le Royaume-Uni étant à l'origine de cette proposition, cela permettait d'explicitement l'objectif de viser les entreprises : voy. *Textes explicatifs*, *op. cit.*, pp. 41-42, note 111 faisant référence aux négociations de la dix-septième session du Comité permanent, SCNL/17/INF. 4, p. 16.

¹⁵³¹ *Convention de Vienne* (1997), art. Premier.1.k.vii.

¹⁵³² Voy. *Textes explicatifs*, pp. 42-43 soulignant cette mention soulignée limiterait la réparation de ces dommages et ferait référence à la *lex fori* en exclusion des règles de conflits de lois, bien que les États n'aient pas explicitement justifié ce choix.

nucléaire le dommage constitué par le coût ou toute autre perte et tout dommage résultant des *mesures préventives* ou de *sauvegarde*¹⁵³³. L'insertion de ces deux notions fait écho à l'idée selon laquelle la réparation d'un dommage résultant d'un délit peut être sinon refusée du moins réduite du fait de l'inaction du demandeur. L'explication est relativement simple. En réalité, « le dommage qui aurait pu être évité par la victime et qui ne l'a pas été ne trouve plus sa cause dans le fait dommageable initial », mais, pour reprendre les mots de André DE BERSAQUE, « dans la faute aquilienne dont elle [la victime] se rend de la sorte coupable »¹⁵³⁴. Sans constituer une faute de la victime au sens traditionnel du terme¹⁵³⁵, cette dernière serait ainsi obligée de prendre des mesures pour, sinon éviter le dommage, du moins en diminuer les conséquences. Le cas échéant, il semble donc raisonnable de prévoir un dédommagement au titre de ces mesures, même si elles s'avèrent inefficaces. Elles ont, en effet, été prises par solidarité et dans l'intérêt du responsable. En dépit des positions diverses des systèmes juridiques sur la question¹⁵³⁶, l'insertion de ce dommage au sein de la définition du *dommage nucléaire* a donc été relativement bien acceptée¹⁵³⁷. Techniquement, elle n'a cependant pas été aisée.

Les rédacteurs des conventions ont en effet choisi d'étendre la réparation aux coûts, pertes et dommages résultant de mesures de sauvegarde prises après un accident nucléaire, mais également aux mesures prises pour faire face à un événement susceptible de créer une menace grave et

¹⁵³³ *Convention de Vienne* (1997), art. Premier.1.k.vi et art Premier.1.m ; *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ix et art. 1.a.vii. L'inclusion d'autres pertes ou dommages causés par ces mesures peut être considérée comme une réaction à l'expérience tirée de l'accident de Tchernobyl lorsque l'URSS a déclaré que les dommages causés à l'étranger résultaient principalement des mesures prises par les autorités désireuses de protéger leurs populations contre les risques d'expositions à long terme, affirmant que de tels dommages ne pouvaient pas être considérés comme indemnisables. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'une telle insertion avait déjà été établie dans la loi américaine du *Price-Anderson Act* en 1988 : J. DÉPRIMOZ, « La notion de dommage nucléaire appliquée au coût des mesures préventives en cas de menace imminente de dommages aux tiers » in OCDE/AEN, *La responsabilité civile et l'assurance, Symposium de Munich, op. cit.*, pp. 214-230 ; V. SOLJAN, « The New Definition of Nuclear Damage in the 1997 Protocol to Amend The 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damag », *op. cit.*, p. 79 et G. HANDL, « Transboundary Nuclear Accidents : The Post-Chernobyl Multilateral Legislative Agenda », *Ecology Law Quarterly*, 1988, Vol. 15, n° 2, pp. 242-243.

¹⁵³⁴ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 273 en référence à A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », *RCJB*, 1969, p. 505. Prenant l'exemple d'une victime qui refuserait des soins que l'on ne supposerait ni douloureux, ni dangereux, et qui serait de nature à atténuer le préjudice corporel qu'elle subit, l'auteur évoque l'idée « d'une obligation de solidarité envers l'auteur du dommage ». Dans le cadre du nucléaire, de telles mesures pourraient consister en la prise de comprimé d'iode ou encore à l'évacuation d'une zone géographique contaminée.

¹⁵³⁵ La faute de la victime, telle qu'on la connaît en droit français vise en effet principalement la situation dans laquelle la victime à participer à la survenance de son dommage par son comportement actif. Son intervention se situe donc d'avantage au niveau de l'appréciation du fait générateur ou à tout le moins dans l'appréciation causale entre le fait générateur et le dommage : voy. A. DUMERY, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Paris, Le Harmattan, 2011, 502 p. Ainsi, dans le régime conventionnel, nous avons vu que cette faute était admise de manière très restrictive, limitée à la faute « intentionnelle », et qu'elle peut effectivement influencer (non sans avoir suscité quelques interrogations) sur le montant de la réparation accordée : voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1, B, 1, b.

¹⁵³⁶ Cela rappelle en effet à l'obligation de minimiser son dommage auquel le droit français est fortement opposé. A la différence, le principe est ancré en droit allemand (lequel repose davantage sur l'équité : « billige Entschädigung ») et surtout au système de Common law dont il est issu. Ce n'est pas dire que certaines cours d'appel françaises n'ont pas tenté de l'appliquer mais la Cour de cassation semble avoir toujours rappelé avec conviction que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » : voy. pour exemple : Cass. civ. 2, 19 juin 2003, n°01-13.289, *Bull. civ. II*, n° 203, p. 171 ; Cass. civ. 2, 26 mars 2015, n° 14-16011, *Bull. civ. II*, n° 72 et parmi une large littérature : S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.*, sp. pp. 271-301 ; A. METTETAL, « L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français », *RRJ*, 2005-4, pp. 1889 et ss ; P. JOURDAIN, « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage », *RTD civ.* 2012, pp. 324-325 ; R. LOIR, « La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ? », *D.*, 2009, p. 1114 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, « Nouvelle claquette pour l'obligation de minimiser le dommage, au visa de l'article 1382 », *Gaz. Pal.*, 2 juillet 2015, n° 183, p. 11-13 ; J-L AUBERT, « Quelques remarques sur l'obligation de la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. A propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme des obligations » in *Études offertes à Geneviève Viney : Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 55 et ss. Cette obligation comme la question du coût des mesures préventives a néanmoins été au cœur de tous les projets de réforme de la responsabilité civile, sous la forme diluée d'une obligation de non-aggravation du dommage autre que corporel. Elles sont d'ailleurs prévues dans l'actuel projet de réforme : voy. SÉNAT, « Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », Session extraordinaire, 29 juillet 2020, n° 678, art. 1238 et 1264.

¹⁵³⁷ En effet, en dépit de sa difficile acceptation dans le droit français, une telle disposition avait été incluse très tôt au sein de conventions internationale, par exemple la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Elle a donc été plutôt bien acceptée dans le cadre du droit nucléaire : voy. OCDE/AEN, *Indemnisation en cas d'accident nucléaire, op. cit.*, p. 75 et C. HOLTZ, « La notion de dommage aux biens et les questions connexes en droit de la responsabilité civile – conséquences possible pour la Convention de Paris », *op. cit.*, p. 95.

imminente de dommages¹⁵³⁸. Au sens strict du terme, les pertes financières engendrées par ces mesures ne pouvaient donc résulter d'un accident nucléaire ou de l'émanation de rayonnement ionisant. Or en vertu de la définition (extrinsèque) du *dommage nucléaire* qui sera étudiée ci-après, le dommage réparable est supposé provenir exclusivement de la radioactivité ou, plus vulgairement, d'un accident nucléaire. Leur insertion au sein des conventions a donc provoqué un paradoxe temporel et commandé certaines distorsions¹⁵³⁹. Quoi qu'il en soit, le tribunal devra, avant toute réparation, s'assurer du caractère raisonnable de ces mesures susceptibles d'être prises par quiconque, en observant par exemple l'approbation *prima facie* de ces dernières par les autorités¹⁵⁴⁰.

– 3 : La prise en compte du dommage environnemental par les *mesures de restauration*¹⁵⁴¹. Longtemps, le droit nucléaire et le droit de l'environnement n'ont pas semblé faire bon ménage. Idée banale, pourtant incorrecte tant sur le plan factuel que conceptuel, il s'ensuit que l'insertion des dommages à l'environnement au sein de la définition du *dommage nucléaire* a rectifié ce tir, emboîtant ainsi le pas de certains droits nationaux¹⁵⁴². Cela étant, la Convention de Vienne comme la Convention de Paris sont régies par une approche spécifique sur ce point, et susceptible de différer de certains textes nationaux ou internationaux relatifs à la responsabilité environnementale. Les conventions établissent une obligation à la charge de l'exploitant d'une installation nucléaire de réparer le *dommage nucléaire* subi par une personne au terme du droit privé, en plaçant le requérant et le défendeur dans une relation horizontale. Les recours formulés par les victimes d'un accident nucléaire sont donc liés à l'existence d'un droit qui leur est attribué individuellement. Pour cela, la notion de dommage à l'environnement au sein des conventions ne vise pas à instaurer des droits *omnium* ou quelconque forme d'*actio populari* au vu de la protection de ce bien commun. Parce que l'idée prévalait selon laquelle la nature n'était certainement pas dotée de la personnalité morale et que la singularité des dommages à l'environnement résidait dans le fait qu'ils avaient pour vecteur l'environnement¹⁵⁴³, ce nouveau dommage ne vise que les conséquences monétaires des dommages à l'environnement. Compte tenu des difficultés liées à l'évaluation monétaire de ce type de dommage, les rédacteurs des conventions ont donc limité la réparation des dommages environnementaux au coût des mesures de

¹⁵³⁸ L'ajout du terme imminent devait permettre d'éviter de faire entrer dans cette catégorie, le coût des mesures de sauvegardes ordinaires, telle que l'acquisition d'un certain équipement ou l'entraînement des équipes d'intervention.

¹⁵³⁹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii, *Convention de Vienne* (1997), art. I.1.k. Surtout, ces nouveaux dommages ont introduit un paradoxe temporel au sein de la *Convention de Vienne* qui a défini ces mesures comme celle seulement prises « après qu'un *accident nucléaire* soit survenu » (art. Premier.1.m). Cela impose donc de modifier la définition de l'accident nucléaire en son sein. Les rédacteurs du Protocole de 1997 ont donc défini l'accident nucléaire comme « tout fait ou toute succession de faits qui cause un dommage nucléaire ou, *mais seulement en ce qui concerne les mesures préventives, crée une menace grave et imminente de dommage de cette nature* ». Les rédacteurs du Protocole de 2004 à la *Convention de Paris* ont défini différemment les mesures de sauvegardes : elles y sont les mesures, raisonnables, prises par quiconque « après qu'est survenu un accident nucléaire ou un évènement créant une menace grave et imminente de dommage nucléaire » : voy. *Conférence sur la révision de la Convention de Paris*, *op. cit.*, 74 ; R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », *op. cit.*, p. 248 et H. STEINKEMPER, "Questions raised by the concept of nuclear damage in the ambit of the nuclear Conventions, with particular regard to the German viewpoint", *op. cit.*, p. 231 et ss.

¹⁵⁴⁰ Voy. *Textes explicatifs*, p. 46 ; G.C. WARREN, "Nuclear Damage under the 1997 Protocol", *op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁴¹ *Convention de Paris* (2004), 1.a.vii.4, *Convention de Vienne* (1997), art. iv.

¹⁵⁴² Voy. S. EMMERECHE, « Droit de l'environnement et droit nucléaire : une symbiose croissante », *BDN*, vol. 82, 2008/2, pp. 95-115 ; B. LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, « Responsabilité civile pour le dommage nucléaire en droit polonais », *RIDC*, 1987, 39-3, p. 693-703 ; OCDE/AEN, *Indemnisation en cas d'accident nucléaire*, *op. cit.*, p. 290.

¹⁵⁴³ Voy. C. LAMOURRET, « La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de Convention du Conseil de l'Europe et le livre vert des Communautés européennes », *D.* 1994, p. 101 ; A. GUÉGAN, « La place de la responsabilité civile après la loi du 1^{er} août 2008 », *Environnement*, n° 6, juin 2009, dossier 3.

restauration de l'environnement *significativement* dégradé¹⁵⁴⁴. Rappelant à l'adage *minimis non curat praetor*, la compensation de ces mesures est laissée à l'appréciation du tribunal¹⁵⁴⁵ et ne vaut que si le dommage n'a pas été réparé par ailleurs¹⁵⁴⁶. Fondée sur la notion de réintégration, ce nouveau dommage établit ainsi le principe selon lequel le coût réel de cette réintégration marque la limite entre les créances récupérables et celles qui ne le seront pas. Autrement dit, le tribunal pourra uniquement connaître des demandes pour les dommages impliquant une compensation du coût des mesures *raisonnablement* prises pour rétablir l'environnement dégradé, par exclusion des dommages environnementaux restants¹⁵⁴⁷. Le but est ainsi d'éviter tout calcul arbitraire tiré de l'expérience de l'affaire *Zoé Colocotroni*¹⁵⁴⁸. Cela est du moins ce qui semble ressortir de la définition de la notion, entendue comme les mesures « approuvées par les autorités compétentes de l'État où [elles] sont prises » ayant pour « but de restaurer ou rétablir les éléments endommagés ou détruits de l'environnement, ou à introduire, lorsque cela est raisonnable, l'équivalent de ces éléments dans l'environnement »¹⁵⁴⁹.

381. Les conséquences de l'élargissement de la notion de dommage nucléaire. En résumé, les conventions de responsabilité civile nucléaire ont délimité les types d'atteintes susceptibles de tomber sous l'application du régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire, et les ont ensuite élargies, tenant ainsi compte de l'évolution sociale et juridique des États. Mais cet élargissement, circonscrit au cadre des conventions révisées, n'a pas été sans influence sur la l'évaluation du coût d'un accident nucléaire. Il a par conséquent commandé de rehausser les montants de réparation prévu par le régime conventionnel. Le problème étant que cette limitation du *quantum* de la responsabilité devait initialement permettre d'assurer la disponibilité d'un montant affecté à la réparation des victimes. Partant, une définition trop englobante est apparue comme défavorable aux victimes les plus

¹⁵⁴⁴ *Convention de Paris* (2004), 1.a.vii.4, *Convention de Vienne* (1997), art. iv.

¹⁵⁴⁵ Voy. *Textes explicatifs*, p. 44, note 117 ; *Exposé des motifs* (2004), p. 26, § 59.a. Les Protocoles n'ont pas défini ce que constituait exactement une « dégradation de l'environnement » en dépit des propositions formulées en ce sens par certains États. N'ayant pas pu également s'accorder sur ce que constituait une pollution « tolérable », cette appréciation a finalement été laissée à l'appréciation du tribunal compétent. Pour la doctrine, elle peut néanmoins être entendue comme « every kind of decrease of the quality of life which is caused by a certain occurrence or a series of occurrences, and which affects the whole population in a certain region » : voy. N. PELZER, « Compensation for Nuclear Damage Caused to the Environment in Relation to the Paris and Vienna Conventions », *op. cit.*, p. 4 et dans le même sens T. GADKOWSKI, *International Liability of States for Nuclear Damage*, *op. cit.*, p. 56. Par ailleurs, cette solution est basée sur des solutions similaires adoptées dans d'autres conventions internationales, telle que celle du Protocole de 1992 amendant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, ainsi que la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement de 1993 : voy. P. SANDS, « Observations on International Nuclear Law Ten Years after Chernobyl », *RECIEL*, 1996, vol. 5, p. 199. Surtout on relèvera que cette limitation est conforme à la définition française du préjudice écologique pur, puisque l'article 1247 du Code civil dispose que « est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » et que cette limitation a été validée par le Conseil constitutionnel : CC, 5 février 2021, n°2020-881 QPC. Sur l'émergence et les modalités de la réparation du préjudice écologique pur en droit civil français, voy. Cass. Crim., 25 septembre 2012, *Erika*, n° 10-82938, *Bull. crim.*, 2012, n° 198 et M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « La responsabilité civile environnementale », *op. cit.*, §§ 225 et ss.

¹⁵⁴⁶ Les mesures prises par un agriculteur pour restaurer ses terres dégradées sont ainsi davantage considérées comme un dommage immatériel.

¹⁵⁴⁷ La nature hautement complexe des écosystèmes peut empêcher les tentatives de réparation de l'environnement. Aussi, la définition de mesure « raisonnable » implique une exigence de proportionnalité dans la récréation de l'environnement à son état antérieur. La décision du tribunal dépendra donc forcément de l'environnement mais aussi de la nature et de l'ampleur de l'impact : V. SOLJAN, « The New Definition of Nuclear Damage in the 1997 Protocol to Amend The 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage », *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁴⁸ De telles revendications, fondées sur la valeur supposée de l'environnement et/ou de son utilisation étant nécessairement spéculatives, elles dépendent inévitablement de concepts abstraits. La solution évite dès lors tout calcul arbitraire, comme l'avait révélé, la décision *Zoé Colocotroni* dans laquelle les juges avaient fait application de ce coût effectif : voy. K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, *op. cit.*, p. 384 ; V. SOLJAN, « The New Definition of Nuclear Damage in the 1997 Protocol to Amend The 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage », *op. cit.*, p. 75.

¹⁵⁴⁹ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.viii et x ; *Convention de Vienne* (1997), art. I.1.m et o.

duement atteintes, c'est-à-dire celles atteintes dans leur intégrité physique. Pour cela, le Protocole de 1997 a introduit une disposition selon laquelle « la priorité dans la répartition des indemnités [devrait être] donnée aux demandes présentées du fait de décès ou de dommages aux personnes »¹⁵⁵⁰. Si la Convention de Paris ne prévoit pas une telle possibilité, elle existe néanmoins en droit français¹⁵⁵¹ et dans de nombreux droits étrangers¹⁵⁵². Il ne faut toutefois pas se leurrer sur la portée d'un tel acte de prévoyance. À bien y regarder, cette priorisation revient en réalité à inverser l'ordre dans lequel les actions seraient intentées¹⁵⁵³. Tel sera, du moins, le constat auquel on parviendra aux termes du prochain propos.

2. La définition extrinsèque du dommage nucléaire

382. Le rattachement du dommage à la réalisation du risque nucléaire. Jusqu'alors, la définition intrinsèque du *dommage nucléaire*, ou « dommage au sens juridique », pouvait correspondre à la notion de préjudice (réparable), né de la survenance d'un dommage au sens non juridique du terme. Il a parfois été admis dans la doctrine française que le préjudice n'entretenait aucun lien avec le fait générateur¹⁵⁵⁴. Néanmoins, si le préjudice constitue la conséquence juridique du dommage¹⁵⁵⁵, il ne peut y avoir de droit à la réparation sans un lien de causalité entre ledit dommage et le fait justifiant l'obligation de réparer qui incombe à l'auteur du dommage. Ce principe général étant un « postulat de la raison »¹⁵⁵⁶, il reste donc à déterminer les conséquences juridiques que l'on peut en tirer. Il est évident que n'importe quelle condition *sine quibus non* ayant concouru à la réalisation d'un dommage ne peut être une cause au sens juridique du terme. Il s'agit là de ce que l'on appelle la causalité philosophico-scientifique ou causalité matérielle. Pour le juriste, il s'agit de différencier cette « cause », c'est-à-dire la cause constituée par l'ensemble des conditions ayant été nécessaires à l'occurrence d'un évènement¹⁵⁵⁷, de la causalité juridique ; second temps ou temps alternatif de l'appréciation causale¹⁵⁵⁸. Autrement dit, au regard du droit, la question qui se pose est de dégager, parmi la chaîne des causes

¹⁵⁵⁰ Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. VIII.2 ; *Textes explicatifs*, p. 58, note 161.

¹⁵⁵¹ Voy. *Code de l'environnement*, art. L597-14.

¹⁵⁵² Voy. S. REITSMA, "An equitable distribution of compensation: realistic or wishful thinking" in OCDE/AEN, *Reform of Civil Nuclear Liability, Budapest Symposium 1999*, *op. cit.*, pp. 350 et ss

¹⁵⁵³ Voy. S. REITSMA, "An equitable distribution of compensation: realistic or wishful thinking", *op. cit.* ; G.C. WARREN, « Révisions de la Convention de Vienne : Examen des travaux et conséquences, sous l'angle de l'assurance, des projets d'amendements », *op. cit.*, p. 16 contra T. MELCHIOR qui à l'encontre de S. REITSMA (p. 415) avait considéré : « you criticise the priority system, assuming that the main reason for such a system in relation to personal injury is that the damage may take a long time to manifest itself. This is true, but it is not the only reason for the priority system. Property damage at large (*i.e.* all the other heads of damage under the revised Vienna Convention to the exclusion of personal injury) is likely to exceed the personal injury caused. If funding is insufficient to cover the damage, without a priority system, only a minimum would be left to cover the personal injury if the compensation is distributed on a *pro rata* basis ».

¹⁵⁵⁴ Voy. J. FISCHER, « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 390 : « le préjudice [autrement dit le dommage au sens juridique du terme] est imputé juridiquement à partir d'un élément de fait : le dommage direct qui lui-même n'est pas nécessairement une atteinte à un droit [...] peu importe que le préjudice soit causé ou non par le fait générateur ; il est simplement issu du dommage, comme "sa conséquence juridique" [...] ».

¹⁵⁵⁵ Sur cette distinction inconnue du droit nucléaire où le *dommage nucléaire* constitue à la fois le dommage et le préjudice réparable : voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

¹⁵⁵⁶ R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, traduit par O. DE MEULENAERE, A. Maresq, 1901, p. 2. Voy. également J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Paris, PUF, 2000, p. 213 évoquant « une exigence de la raison ».

¹⁵⁵⁷ J.S. MILL, *A System Of Logic, Ratiocinative And Inductive*, 8ème ed., New York, Harper & Brothers, 1882, p. 237.

¹⁵⁵⁸ Nous évoquons aussi un temps alternatif dès lors que le droit peut également pallier l'incertitude scientifique : voy. C. RADÉ, *Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique*, *D.*, 2012, p. 112-118 ; P. STÄLBERG, « Causalité et problème de la preuve en matière de dommage nucléaire », *BDN*, vol. 53, 1994/1, p. 22. : « l'identification de la cause du dommage repose sur des bases scientifiques alors que les limites de la responsabilité se fondent sur des moyens de droit [...] le lien de causalité de caractère scientifique diffère du lien de causalité juridiquement pertinent ».

ayant (peut-être) entraîné le dommage, la *cause pertinente en droit*¹⁵⁵⁹. Pour les juristes, la difficulté ne relèverait donc pas tant de la détermination de la causalité philosophico-scientifique, laquelle n'est *a priori* pas un problème juridique. Elle relèverait davantage de la détermination de la cause pertinente en droit et de la teneur de son influence sur la réalisation du dommage.

Pour être un *dommage nucléaire* au sens de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris, il est explicitement exigé, sauf pour les mesures préventives¹⁵⁶⁰, que le dommage résulte des propriétés radioactives de *combustibles nucléaires* ou *produits ou déchets radioactifs*, ou qu'il soit causé par une *émission de rayonnement ionisant* se trouvant sur une installation¹⁵⁶¹. Cela vaut quel que soit la nature de l'accident nucléaire, qui est défini comme la simple succession des faits ayant causé le *dommage nucléaire*¹⁵⁶². Il en résulte qu'une demande en réparation ne pourra être introduite au titre de la convention que lorsque l'évènement et le dommage sont dus l'un et l'autre à la radioactivité ; ou lorsqu'un évènement de nature classique provoque un dommage ou des blessures radio-induits ou encore lorsqu'un évènement dû à la radioactivité provoque un dommage de type classique¹⁵⁶³.

Nonobstant la complexité engendrée par ces différentes situations, la protection particulière accordée à la victime d'un dommage nucléaire n'est donc justifiée qu'en raison du risque radioactif qui la menace. Mettant l'accent sur la *ratio* du régime, une telle conception n'est donc pas sans rappeler celle de la théorie de la relativité aquilienne¹⁵⁶⁴. Le régime de responsabilité civile nucléaire ne doit en effet pas être appliqué à tout dommage subi au cours de l'exploitation d'une installation nucléaire, mais uniquement à celui qui peut être rattaché à un évènement ayant marqué la *réalisation du risque nucléaire*. En dépit d'une rédaction fragmentée, telle était l'idée qui sous-tendait initialement la notion d'accident nucléaire, en témoigne le texte originel de la Convention de Paris¹⁵⁶⁵. Telle est également la raison pour laquelle nous lui avons parfois préféré (et nous lui préférerons ultérieurement) cette

¹⁵⁵⁹ Voy. H.L.A. HART, T. HONORÉ, *Causation in tort law*, 2nd éd., Oxford, OUP, 1985, pp. 10-11 : « “[i]n most cases where a fire has broken out the lawyer, the historian, and the plain man would refuse to say that the cause of the fire was the presence of oxygen, though no fire would have occurred without it: they would reserve the title of cause for something of the order short-circuit, the dropping of a lighted cigarette, or lightning. Yet, there are contexts where it would be natural to say that the presence of the oxygen was the cause of the fire. We have only to consider a factory where delicate manufacturing processes are carried on, requiring the exclusion of oxygen, to make it perfectly sensible to identify as the cause of a fire the presence of oxygen introduced by someone's mistake”.

¹⁵⁶⁰ Voy. *supra* note n° 1539.

¹⁵⁶¹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.vii ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier 1.k.

¹⁵⁶² *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.i et *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier.1.l.

¹⁵⁶³ Voy. en ce sens *Textes explicatifs*, p. 7 ; *Exposé de motifs* (2020), p. 28, § 61. Le caractère du dommage qu'il soit conventionnel ou spécifiquement nucléaire (dermatose, tumeur maligne, contamination, etc.) demeure indifférent tant qu'il comporte résulte d'un facteur radioactif. Par comparaison, les dommages engendrés par une « simple rumeur » (ex : épisode d'angoisse) ne seront pas réparés.

¹⁵⁶⁴ La doctrine de la relativité aquilienne est une théorie visant à limiter l'application d'une règle de responsabilité civile aux cas qui sont expressément prévus par la règle. Elle implique, entre autres, que l'action en réparation ne s'étend qu'à l'égard des individus que la règle de conduite a pour dessein de prémunir et pour des dommages contre lesquels la règle juridique offre une protection : voy. M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – analyse comparée des systèmes germaniques, canadien et québécois », *Revue de droit de McGill*, vol. 59, 2012-3, pp. 427-471 ; D.-M. PHILIPPE, « La théorie de la relativité aquilienne » in *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 467-486 ; R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 2^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 326 et J. LIMPENS, *La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé*, Paris, Dalloz, 1965, 24 p.

¹⁵⁶⁵ On soulignera, en effet, que la Convention de Paris définissait initialement l'accident nucléaire comme « tout fait ou succession de faits de même origine ayant causé des dommages, dès lors que ce fait ou ces faits ou certains des dommages causés proviennent ou résultent soit des propriétés radioactives [...] » Le dommage nucléaire devait ainsi constituer le dommage résultant de l'accident nucléaire. Le Protocole de 2004 est venu modifier cette définition et s'est peu ou prou calqué sur la Convention de Vienne. In fine, une fois ces éléments réunis, l'idée demeure donc la même.

lexie¹⁵⁶⁶. Tel explique enfin la position choisie (et assumée) de lier l'étude de la causalité avec la définition du dommage nucléaire. Si la cause pertinente en droit constitue la réalisation du risque nucléaire, elle est donc absorbée dans la définition du *dommage nucléaire*. Ce choix pédagogique ne doit pas, en revanche, préjuger et dissimuler l'importance de l'établissement du lien de causalité.

383. L'influence relative du « dommage nucléaire » sur l'établissement du lien de causalité. Il ne faut, en effet, pas surestimer l'influence de ce choix de définition des rédacteurs sur l'établissement du lien de causalité. À bien y regarder, l'inclusion de la cause pertinente en droit dans la définition du dommage nucléaire n'influe pas sur cette question. Peut-être, le juge saisi d'une demande en réparation d'un dommage nucléaire saura qu'il doit établir le lien entre un accident et ce dommage. Mais tel est quasi systématiquement le cas de toute action en responsabilité. À la vérité, cette inclusion influe davantage sur le lien d'imputation et donc sur l'obligation à la dette de responsabilité de l'exploitant. La définition de l'accident nucléaire et du dommage nucléaire ne détermine « la cause pertinente en droit » du dommage que pour limiter le champ d'intervention de la responsabilité de l'exploitant auquel est imputée, par le droit, la réalisation du risque nucléaire, c'est-à-dire l'accident. Cette définition n'exempte donc pas les juges d'établir le lien de causalité entre cet événement et le dommage subi. Surtout, elle les oblige à établir le plus justement possible ce lien de causalité. En dépit de la limitation imposée par la définition du dommage nucléaire, cette dernière demeure suffisamment large pour inclure un bon nombre de dommages. Parce qu'elle inclut tous les dommages « intrinsèquement » réparables au sens des conventions, même les dommages « classiques » si tant est qu'il soit causé par un « événement dû à la radioactivité »¹⁵⁶⁷, cette définition est donc suffisamment large pour mettre en péril l'effectivité de la réparation des victimes les plus directement touchées.

384. Plan. Pour cela, il convient de s'intéresser à la question de l'établissement du lien de causalité. Relativement silencieuses sur cette question, les conventions renvoient en grande partie la résolution de cette délicate question au droit commun applicable devant les tribunaux nationaux (a.), et ce nonobstant le fait que la particularité de la science nucléaire a inscrit la causalité dans un contexte scientifique spécifique (b.).

a. Le silence relatif des conventions sur l'établissement du lien de causalité

385. « La causalité est le centre même de tout problème de responsabilité »¹⁵⁶⁸. Ces mots de Joseph FAVIER résument la position topologique de la causalité en droit de la responsabilité qu'elle soit civile, pénale, administrative ou internationale¹⁵⁶⁹. Situé, dans la pensée majoritaire, entre le fait générateur et le dommage, le lien de causalité n'apparaît effectivement qu'une fois ces deux extrémités établies.

¹⁵⁶⁶ Nous avons déjà fait état de notre réticence à l'égard de l'emploi de la notion « d'accident ». Nous avons ainsi expliqué que le terme se trouvait ici employé par « respect » pour la logique du régime de responsabilité civile nucléaire. Le lecteur comprendra désormais la raison pour laquelle la lexie « réalisation du risque » lui a parfois été préférée. Tel était notamment le cas dans l'Introduction de cette thèse, et cela sera réitéré dans sa seconde partie : voy. *supra* note n°1107.

¹⁵⁶⁷ Voy. sur le problème de cette formule, outre les développements qui suivront : *infra* § 2

¹⁵⁶⁸ J. FAVIER, *La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi-délictuelle*, thèse, Paris, 1951, p. 1.

¹⁵⁶⁹ Voy. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit. ; P-A. BON, *La causalité en droit pénal*, Poitiers, Ed. Université de Poitiers, 2005, 369 p. ; H-B. POUILLAUDE, *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, thèse, Paris 2, 2011, 594 p. et T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, thèse, Aix-Marseille Université, 2017, 522 p.

Exigence permanente des droits nationaux, son étude n'en demeure pas moins l'une des plus épineuses. « Problème le plus complexe de la pensée humaine »¹⁵⁷⁰ ou « redoutable sirène [égarant] volontiers ceux que sa subtilité séduit »¹⁵⁷¹, le lien de causalité reste l'objet de réflexions fécondes et présente « une certaine propension à l'évanescence »¹⁵⁷². Assurément, cette difficulté à appréhender la causalité en droit n'est pas étrangère au droit nucléaire. En effet,

« [d]u point de vue de la doctrine juridique, le droit à la réparation, en droit de la responsabilité civile nucléaire, se présente [...] comme un véritable droit découlant de la responsabilité de droit civil, auquel s'appliquent en principe les principes généraux du droit privé en matière de réparation. En d'autres termes, le problème du lien de causalité dans le droit de la responsabilité civile nucléaire est une partie intégrante du problème juridique global de la causalité et doit être considéré dans ce contexte général »¹⁵⁷³.

Un tel constat a certainement justifié la position ambivalente des conventions de responsabilité civile nucléaire concernant la question de la causalité.

386. Une approche limitée du lien de causalité à la question de la solidarité. Sur deux points, seulement, les conventions se sont intéressées à la question du lien causal¹⁵⁷⁴. Cela concerne, en premier lieu, le cas d'un dommage qui serait causé conjointement par un fait nucléaire et un fait non nucléaire. Dans cette hypothèse, le dommage causé par ce second événement, et « dans la mesure où on ne peut le séparer avec certitude du dommage causé par l'accident nucléaire », sera considéré comme un *dommage nucléaire*¹⁵⁷⁵. Rémanence du principe de canalisation juridique, cette solution pourrait paraître fondamentalement « injuste » et contraire « à l'équité ». Elle représente effectivement un avantage injustifié pour celui qui, peut-être même par une faute de sa part, aura causé la part non-conventionnelle du dommage. C'est pourquoi, cette solution ne devrait être, selon Norbert PELZER, qu'exceptionnelle¹⁵⁷⁶, et cela bien qu'elle rappelle vaguement le mécanisme de l'obligation *in solidum* connue des juristes français¹⁵⁷⁷. En second lieu, le texte de la Convention de Vienne dispose que « lorsqu'un dommage nucléaire engage la responsabilité de plusieurs exploitants, ils en sont solidairement et *cumulativement* responsables, dans la mesure où il est impossible de déterminer avec certitude quelle est la part du dommage attribuable à chacun d'eux »¹⁵⁷⁸. On ne retrouve pas de pareille disposition dans le texte de la Convention de Paris. En effet, celle-ci dispose de la responsabilité

¹⁵⁷⁰ A. NADEAU, « Notes sur le lien de causalité et sa preuve dans les actions en responsabilité civile » in *Études juridiques en hommage à M. Le juge Bernard Bissonnettes*, Montréal, Presse Universitaire de Montréal, 1963, p. 435.

¹⁵⁷¹ N. DEJEAN de la BÂTIE, « note sous Cass. civ. 2, 1er février 1973 », *JCP* 1974, II, n° 17882.

¹⁵⁷² C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité*, op. cit., p. 1.

¹⁵⁷³ N. PELZER, « Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire » in *Droit nucléaire européen*, op. cit., p. 42. Dans le même sens l'intervention de M. D. MARCHETTI in J. HÉBERT, « Observations sur l'établissement du lien de causalité entre "le fait ou la succession de faits de même origine" et les "dommages" nécessaires à la mise en œuvre de la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire » in OCDE, *La responsabilité civile et l'assurance – Symposium de Munich, 1984*, op. cit., p. 291.

¹⁵⁷⁴ Voy. L. DE LA FAYETTE, « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », *BDN*, vol. 50, 1992/2, p. 14 et P. STÄLBERG, « Causalité et problème de la preuve en matière de dommage nucléaire », op. cit., pp. 22-23.

¹⁵⁷⁵ *Convention de Paris* (2004), art. 3.b ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. IV.4.

¹⁵⁷⁶ N. PELZER, « Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire », op. cit., p. 47. Voy. P. STÄLBERG, « Causalité et problème de la preuve en matière de dommage nucléaire », op. cit., p. 29, note 9, pour qui ces dispositions démontrent « du souci de remédier à la situation dans laquelle se trouvent les parties lésées du fait de la difficulté de fournir des preuves ».

¹⁵⁷⁷ La différence tient au fait que la lecture de la disposition ne semble pas induire une contribution à la dette, à la différence de l'obligation *in solidum*. Plus exactement, cette contribution ne joue qu'à la condition que le dommage non conventionnel résulte d'une source de rayonnement ionisant non couverte par la Convention comme vu *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, B, 1, b et note n°135. Sur le mécanisme de l'obligation *in solidum* voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 2.

¹⁵⁷⁸ *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. II.3.a.

solidaire et *cumulative* des exploitants impliqués dans un même dommage, elle ne fait pas mention de cette présomption¹⁵⁷⁹. Elle est néanmoins sous-entendue lorsque les rédacteurs de la Convention laissent à l'appréciation des États la possibilité de « décider que seront considérées [sic.] comme une installation nucléaire unique, plusieurs installations nucléaires ayant le même exploitant et se trouvant sur le même site, ainsi que toute autre installation sur ce site où sont détenues des matières radioactives »¹⁵⁸⁰. En toute hypothèse, cette solution pourrait également être celle retenue en droit français par le jeu de l'obligation *in solidum*, quoiqu'il puisse exister une subtilité dans le fait qu'aux termes des dispositions visées, la solidarité se double d'un « cumul » de responsabilité. Quoiqu'il en soit, hormis ces situations, il conviendra pour l'établissement du lien de causalité de regarder vers les droits nationaux.

b. Les difficultés liées à l'application du droit commun de la causalité

387. Causalité scientifique et juridique : un couple infernal. Pour reprendre les mots de Norbert PELZER, en responsabilité civile nucléaire, l'établissement du lien de causalité ne serait pas plus complexe que dans d'autres domaines du droit et n'aurait eu « aucune influence sur les méthodes et l'argumentation juridique »¹⁵⁸¹. Il faudra ainsi admettre que la principale difficulté inhérente aux dommages nucléaires reste celle de la preuve du lien de causalité philosophico-scientifique. Contrairement à ce que nous laissons supposer quelques lignes plus haut, il demeure donc impossible de séparer « le couple infernal »¹⁵⁸² que constituent la causalité scientifique et la causalité juridique.

388. Plan. En effet, quoiqu'il soit des théories de la causalité (i.), la causalité scientifique devient un problème juridique dès lors que les spécificités des conséquences radiologiques ne permettent pas de dégager avec certitude la chaîne de causalité ayant conduit à la réalisation du *dommage nucléaire* (ii.).

i. Les difficultés classiques de l'établissement du lien de causalité

389. La théorisation délicate du lien de causalité juridique. En droit français, s'il a été argué que « l'analyse de la causalité n'a guère tenté les auteurs [...], pénétrés qu'ils étaient de la vanité de leurs recherches face au pragmatisme de la jurisprudence »¹⁵⁸³, c'est en réalité parce qu'il « paraît illusoire de chercher à définir le lien de causalité par une formule générale »¹⁵⁸⁴. Les théories proposées pour déterminer la cause d'un dommage sont bien trop nombreuses, et le juge n'explicite pas toujours sa méthode. La recherche d'une formule ou d'un critère unique pour établir l'existence de ce lien de causalité étant vaine, et l'exposé de l'ensemble des théories étant peu opportun, on renoncera donc à énoncer toutes les propositions qui ont été faites en la matière. Même les théories prédominantes en la matière, à savoir la théorie de la *causa proxima*¹⁵⁸⁵ (que l'on pourra éliminer d'office), la théorie de

¹⁵⁷⁹ Convention de Paris (2004), art. 5.d.

¹⁵⁸⁰ Convention de Paris (2004), art. 1.a.ii.

¹⁵⁸¹ N. PELZER, « Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire », *op. cit.*, p. 44.

¹⁵⁸² P. BRUN, « Causalité juridique et causalité scientifique », *RLDC*, 2007, sup. 40, p. 15.

¹⁵⁸³ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, t. 1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5ème Edition, 1996, n° 1077 cités par C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵⁸⁴ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁸⁵ Cette théorie qui suppose que ne serait juridiquement causal que l'évènement le plus proche (en date) du dommage est assez peu populaire. Surtout, nous le déduisons de la suite, elle s'avère totalement incompatible avec certains effets de la radioactivité.

l'équivalence des conditions ou celle de la causalité adéquate, ne présentent qu'un intérêt limité dans le cadre de notre étude.

390. Les limites pratiques de l'équivalence des conditions. Certes, on pourra souligner que la théorie de l'équivalence des conditions, première des théories de la causalité, montre certains avantages dans le cadre d'un accident nucléaire. Reposant en grande partie sur la théorie de John Stuart MILL¹⁵⁸⁶, le raisonnement contrefactuel de cette démarche implique un « *but-for test* » ou test de la condition *sine qua non* relativement simple : *sans le fait, le dommage se serait-il produit ?*¹⁵⁸⁷ Mais derrière cette séduisante simplicité¹⁵⁸⁸ se cachent une « équipollence » des causes identifiées¹⁵⁸⁹, un risque de surdétermination causal¹⁵⁹⁰ et surtout un caractère « exagérément inclusif »¹⁵⁹¹ pouvant s'avérer frustrant sur un plan logique. Entraînant une « démultiplication infinie de la responsabilité »¹⁵⁹², l'application de la théorie de l'équivalence des conditions serait désavantageuse pour les « réelles » victimes d'un accident nucléaire en raison de ses conséquences infinies sur la responsabilité de l'exploitant, et donc sur l'épuisement du montant disponible pour la réparation. Par son application, un individu âgé qui ferait une crise cardiaque en écoutant les informations télévisées faisant état d'une catastrophe nucléaire subirait un dommage nucléaire. Il s'agirait là d'un dommage dit « classique » résultant d'un événement dû à la radioactivité avérée¹⁵⁹³.

391. L'approximation de la causalité adéquate. À l'inverse, on pourra également souligner la pertinence de la théorie de la causalité adéquate. Correctif de la théorie de l'équivalence des conditions, cette théorie permettrait de dissocier la causalité juridique de la causalité purement scientifique¹⁵⁹⁴. Reposant sur l'idée selon laquelle la cause sera une condition qui « était [objectivement] de nature à causer le type de dommage qui est survenu »¹⁵⁹⁵, la théorie vise ainsi à hiérarchiser les conditions en excluant les occasions (*occasio causans*) et ne gardant que les causes (*causa causans*). Elle n'en possède pas moins un caractère protéiforme dès lors qu'elle repose en grande partie sur une démarche « probabiliste » et « généralisante »¹⁵⁹⁶. Une cause n'étant adéquate que si elle

¹⁵⁸⁶ L'adaptation en droit de cette théorie est reconnue avoir été proposée par VON BURI, bien qu'elle serait inspirée des travaux de GLASER : voy. VON BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen beziehungen*, 1885, Enke, 160 p. ; H. L. A. HART, T. HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ème, Oxford, OUP, 1985, p. 442 ; QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 32 et T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, op. cit., p. 44.

¹⁵⁸⁷ Voy. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 33 ; T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international*, op. cit., p. 44.

¹⁵⁸⁸ Voy. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. IV, Arthur Rousseau, 1924, pp. 16-17 pour qui il s'agit du seul système « scientifiquement exact » et dans le même sens J. SPIER, O. A. HAAZEN, "Comparative conclusions" in *Unification of tort law : causation*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 127 ; G. MARTY, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 1939, p. 691.

¹⁵⁸⁹ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 36.

¹⁵⁹⁰ La notion « peut se définir comme la conjonction de plusieurs causes, l'une, ou quelques-unes d'entre elles pouvant suffire à la production du résultat » : C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., pp. 37-38 ; H.L.A HART, T. HONORÉ, *Causation in the law*, op. cit., p. 122 ; R. W. WRIGHT, "Causation in tort law", *CLR*, 1985, p. 1175.

¹⁵⁹¹ T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, op. cit., p. 45

¹⁵⁹² L. AYNÈS, P. MALAURIE, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11^{ème} éd, Paris, LGDJ, 2020, n° 92. Ainsi, tout fait à l'origine du dommage constituera une cause si bien que tenir compte de toute cause concourant à l'effet produit aboutirait à une responsabilité sans fin : voy. F. HARPER, F. JAMES, *The law of tort*, vol. 2, Boston, 1956, p. 1108 : « *the fatal trespass done by Eve was cause of all our woe* ».

¹⁵⁹³ Voy. D. PHILLIPE, M. BEYENS, « À propos du lien causal en matière de responsabilité civile nucléaire », op. cit., p. 436.

¹⁵⁹⁴ T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international*, op. cit., p. 49. Cette théorie est ainsi réputée avoir été théorisée par VON KRIES, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichrechnung*, 1986 et affinée par RÜMELIN (1900) et TRÄGER (1904).

¹⁵⁹⁵ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit. p. 71.

¹⁵⁹⁶ T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international*, op. cit., p. 51 ; B. MOSER, « La preuve des dommages induits par les rayonnements ionisants », *BDN*, vol. 38, 1986/2, p. 82.

augmente objectivement la probabilité de survenance du dommage, elle présente dès lors une certaine abstraction, voire une certaine approximation. Cette probabilité devra, en effet, être examinée *in abstracto* et *a posteriori*. Il y aurait ainsi causalité adéquate lorsqu'une condition est de nature « dans le cours habituel des choses et selon l'expérience de la vie à produire l'effet qui s'est réalisé »¹⁵⁹⁷. La théorie de la causalité est donc une théorie complexe. Parce que le juge ne peut parvenir à la certitude, elle en devient approximative et arbitraire. *Quid* par exemple du lien de causalité adéquate lorsque le dommage économique subi par un producteur de légumes résulte de l'interdiction administrative de vente de certains de ces produits en raison du risque de contamination découlant de la survenance d'un accident nucléaire¹⁵⁹⁸ ?

Cela étant, abstraction faite du constat selon lequel les juges, s'ils s'inspirent de ces théories, n'en épousent jamais véritablement les contours, le problème reste que les dommages nucléaires possèdent des caractéristiques aléatoires qui rendent tout examen rétrospectif ardu. En effet, qu'il s'agisse d'appliquer la théorie de l'équivalence des conditions ou la théorie de la causalité adéquate, toutes deux imposent au préalable d'établir les conditions *sine quibus non* sans lesquelles le dommage au sens juridique ne se serait pas produit. Or, selon les effets des rayonnements ionisants, cette rétrospection pourra d'avérer d'une difficulté croissante.

ii. Des difficultés accrues de l'établissement du lien de causalité

392. L'incertitude née des effets des rayonnements ionisants. Les rayonnements ionisants sont des rayonnements « capable[s] de produire des paires d'ions dans la matière biologique »¹⁵⁹⁹. Or, ces rayonnements invisibles n'ont pas de conséquences types ou définitives, et la radioprotection se borne à distinguer les effets déterministes des effets stochastiques, spécifiquement en ce qui concerne les dommages corporels. Les effets déterministes sont les effets se produisant inexorablement chez tous les individus exposés à des équivalents de doses dépassant certains seuils¹⁶⁰⁰. La gravité de ces effets peut varier en fonction de nombreux paramètres : le niveau de dose reçue, la taille de volume du corps irradié, les organes touchés ou encore la nature des rayonnements. La particularité commune de ces effets demeure cependant leur immédiateté : contamination, brûlure, nausées, radiodermes, stérilité temporaire ou définitive, dommage à l'*infans conceptus*, etc. Il en va, en revanche, différemment des effets dits stochastiques, qui semblent se manifester au hasard chez certains sujets seulement. Si la proportion des sujets atteints semble augmenter en fonction de la dose reçue, la gravité des effets est souvent indépendante de cette dose¹⁶⁰¹. Ces effets apparaissent donc souvent après une période de latence pouvant se compter en années, en décennies, voire en générations lorsqu'on s'intéresse à la

¹⁵⁹⁷ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit des contrats et de la responsabilité*, op. cit., p. 684 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, op. cit., p. 189 ; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 79.

¹⁵⁹⁸ Voy. C. HOLTZ, « La notion de dommage aux biens et les questions connexes en droit de la responsabilité civile – conséquences possible pour la Convention de Paris », op. cit., p. 99 ; P. STROHL, « Bilan de recherche », op. cit., p. 171.

¹⁵⁹⁹ AIEA, *Glossaire de sûreté de l'AIEA, Terminologie employée en sûreté nucléaire et radioprotection*, Vienne, Ed. AIEA, 2007, s.v. « Rayonnement ionisant »

¹⁶⁰⁰ Voy. AIEA, *Glossaire de sûreté de l'AIEA*, op. cit., s.v. « effets déterministes »

¹⁶⁰¹ Voy. AIEA, *Glossaire de sûreté de l'AIEA*, op. cit., p. 54. Il conviendra toutefois de souligner qu'en matière de causalité, il semblerait impossible d'attribuer un quelconque effet néfaste sur la santé humaine à une dose basse d'exposition : voy. A. GONZALES, "Key note adress: imputability of health effects to low-dose Radiation Exposure situations", *Nuclear Inter Jura* 2014.

question des dommages génétiques¹⁶⁰². Produisant des effets somatiques ou génétiques, le problème des effets stochastiques demeure leur absence de caractère spécifique. En effet, les pathologies radio-induites (cancer de la thyroïde, leucémie, etc.) sont difficiles à distinguer d'autres maladies spontanées. Outre leur absence de marqueurs biologiques, ces maladies se manifestent au même stade de la vie que d'autres maladies spontanées, c'est-à-dire au cours de la seconde moitié de la vie. Cela s'explique par l'agissement même de ces rayonnements ionisants sur le corps humain. Selon les spécialistes de la matière, la carcinogenèse serait en effet le résultat d'une succession d'événements distincts parmi lesquels on distinguerait deux stades dépendant de deux types d'agents cancérigènes : l'initiation et la promotion. Ainsi, une cellule initiée, c'est-à-dire une cellule transformée par l'action d'un agent initiateur, tel que les rayonnements ionisants, pourrait rester indéfiniment à l'état quiescent. C'est sous l'action d'un agent proliférateur (hormones sexuelles, inflammation chronique provoquée par l'alcoolisme, infections chroniques, agents chimiques) que possiblement, après une certaine latence, une maladie va se développer. Ainsi, la mission du juge, saisi d'une action pour un dommage supposé causé par un accident nucléaire survenu quelques jours, mois ou années auparavant, sera de dire que la leucémie, le cancer ou quelque affection subie par un individu est bien un des cas provoqués par cet accident. Aux termes des conventions, il devra alors se tourner vers les théories traditionnelles de la causalité. Cela ne sera donc pas sans difficulté, notamment dans l'établissement du lien de causalité spécifique ou particulier, par opposition au lien causal général.

393. L'incertitude affectant le lien causal spécifique. Le lien causal général, parfois dit « causabilité »¹⁶⁰³, est « celui qui, abstraitement, unit le type de fait dont le fait imputable au prétendu responsable est une occurrence, et le genre de dommage dont celui invoqué par la victime est une espèce ». Le lien causal particulier est le lien « qui unit *in specie* » le fait imputable au désigné responsable et le dommage subi par la victime¹⁶⁰⁴. Autrement dit, la question de savoir si une émanation radioactive peut particulièrement générer tel ou tel type de dommage concerne le lien causal général. La question de savoir si la pathologie ou plus simplement le dommage subi par la victime provient bien d'une émanation radioactive, et donc plus simplement d'un accident nucléaire, concerne le lien causal particulier. Ainsi, bien que l'on puisse considérer qu'en raison du caractère hétérogène de la notion de *dommage nucléaire*, l'établissement d'un lien causal général pourrait être rendu délicat, la communauté scientifique a néanmoins établi que la radioactivité pouvait provoquer de nombreux et divers dommages, et notamment des cancers¹⁶⁰⁵. Dans ces hypothèses, le demandeur n'aurait donc qu'à apporter la preuve qu'il souffre ou qu'il a souffert d'une affection produite par une exposition aux rayonnements ionisants. La première information pourra être déterminée après un

¹⁶⁰² J. HEBERT, « Application aux cas particuliers des dommages subis par l'enfant conçu et des dommages génétiques d'origine nucléaire », *op. cit.*, pp. 21-39 ; B. MOSER, « La preuve des dommages induits par les rayonnements ionisants », *op. cit.*, p. 77.

¹⁶⁰³ Voy. C. RADÉ, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *op. cit.*, p. 112

¹⁶⁰⁴ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « Définition de la causalité en droit français » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IRJS Editions, 2012, p. 359. Voy. également P. BRUN, « Causalité juridique et causalité scientifique », *op. cit.* évoquant quant à lui « la causalité individuelle » ou encore E. VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile » in E. THRUILLHÉ-MARENGO, *Preuve scientifique, preuve juridique : la preuve à l'épreuve*, Paris, Larcier, 2011, pp. 127 et ss évoquant une causalité « concrète » et « abstraite ». Voy. enfin M. LAMOUREUX, « La causalité juridique à l'épreuve des algorithmes », *JCP G*, 2015, étude 731, pp. 1251-1258, sp. 1252 soulignant l'importance de cette distinction issue de la Common law dans le cadre du contentieux liés à l'exposition de matière toxiques.

¹⁶⁰⁵ M. LAMOUREUX, « La causalité juridique à l'épreuve des algorithmes », *op. cit.*, p. 1253, § 8.

examen médical approfondi. Quant à la seconde, elle n'aura *a priori* pas échappé aux autorités publiques de l'État sur le territoire duquel se trouvait l'installation concernée ou sur lequel transitaient les matières en cause, et ce bien que des accidents puissent demeurer inconnus¹⁶⁰⁶, en a témoigné l'affaire *McMunn, et al. v. Babcock*¹⁶⁰⁷. Les choses ne sont toutefois pas aussi simples, et c'est bien souvent dans l'établissement de la causalité spécifique que résident les plus grandes difficultés liées aux émanations radioactives. Des difficultés surgiront, en effet, quand la victime aura souffert des effets stochastiques. Dès lors, il n'y aura aucun moyen médical ou biologique d'établir que la pathologie développée par cet individu a été provoquée par une exposition à la radioactivité. Le cancer est une maladie « plurifactorielle » et « sans signature »¹⁶⁰⁸. Le juge appliquant strictement la théorie de l'équivalence des conditions pourra donc se trouver confronté à un cas de surdétermination causal : tel serait le cas lorsqu'un individu fumeur, exposé à la radioactivité, aura développé un cancer des poumons. La surdétermination ne sera pas patente, mais il subsistera la possibilité que l'individu eut développé sa maladie sans que l'accident ait été une condition *si qua non* de son dommage. Quant au juge appliquant strictement la théorie de la causalité adéquate, il éprouvera peu ou prou les mêmes difficultés. Sans possibilité de recourir à la causalité partielle¹⁶⁰⁹, et confronté au cas d'un individu qui, par suite d'une exposition à des rayonnements ionisants, serait atteint d'une tumeur maligne, il lui faudra ainsi choisir entre la cause d'initiation, c'est-à-dire l'exposition à des rayonnements ionisants, plutôt que la cause de promotion c'est-à-dire la présence d'agents proliférateurs¹⁶¹⁰. La question se poserait de la même manière dans le cas d'un individu victime d'un accident nucléaire qui serait sujet, parallèlement, à un traitement d'exposition thérapeutique¹⁶¹¹.

Dans cette situation où l'incertitude scientifique entraîne donc une incertitude juridique, le juge sera invité à privilégier une méthode empirique, excluant *a priori* la référence à un seul modèle de causalité¹⁶¹². En premier lieu, le juge français pourra s'en référer aux différentes présomptions de fait

¹⁶⁰⁶ D'aucuns ont pu souligner que les réglementations applicables imposent de vérifier régulièrement les émanations radioactives, et notamment des rayonnements ionisants autour des installations nucléaires : voy. J. HÉBERT, « Observations sur l'établissement du lien de causalité entre "le fait ou la succession de faits de même origine" et les "dommages" nécessaires à la mise en œuvre de la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire », *op. cit.*, p. 247 ; B. MOSER, « La preuve des dommages induits par les rayonnements ionisants », *op. cit.*, p. 76. Il convient toutefois de souligner que selon un bilan de 2007 de l'IRSN, bon nombre d'accidents impliquant des substances nucléaires n'auraient été connus que très tardivement : IRSN, « Les accidents dus aux rayonnements ionisants — le bilan sur un demi-siècle », IRSN, 2007/79, pp. 24 et ss. Dans le même sens P. STÅLBERG, « Causalité et problème de la preuve en matière de dommage nucléaire », *op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁰⁷ Dans l'affaire *McMunn, et al. v. Babcock & Wilcox Power Generation Group, Inc., et al.*, n° 15-3506 (3rd rd. Cir. 2017), les plaignants n'ont jamais réussi à démontrer la réalité des émanations nucléaires. Voy. M. BERGER, "*Mc. Munn, et al. v. Babcock and Wilcox Power Generation Group, Inc., et al.* : The long road to dismissal", *BDN*, vol. 98, 2016/2, pp. 57-62.

¹⁶⁰⁸ M. LAMOUREUX, « La causalité juridique à l'épreuve des algorithmes », *op. cit.*, p. 1253, § 8.

¹⁶⁰⁹ On évoque ici l'hypothèse d'aligner la part causale sur le *quantum* de réparation. Cette théorie n'est cependant pas encore admise, du moins pas en droit français, sauf à y inclure la perte de chance : voy. sur la causalité partielle M. BACACHE, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *EEL*, n°8-9, août 2018, dossier 30.

¹⁶¹⁰ Voy. J. HÉBERT, « Observations sur l'établissement du lien de causalité entre "le fait ou la succession de faits de même origine" et les "dommages" nécessaires à la mise en œuvre de la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire », *op. cit.*, p. 2.

¹⁶¹¹ Voy. J. HÉBERT, « Application aux cas particuliers des dommages subis par l'enfant conçu et des dommages génétiques d'origine nucléaire », *op. cit.*, p. 26.

¹⁶¹² On pourra cependant relever un arrêt de la Cour régionale des pensions militaires de Douai en date du 26 novembre 2007, c'est-à-dire avant que n'intervienne le régime d'indemnisation des victimes d'essai nucléaire. Dans cette affaire, un vétéran français des essais nucléaires effectués à Mururoa était décédé à l'âge de 48 ans d'un cancer des poumons. Ayant demandé avant son décès une pension d'invalidité qui lui avait été refusée, le tribunal des pensions militaires d'Arras avait finalement accordé à sa veuve une pension d'invalidité à 100 %. Après une procédure d'appel du ministère de la Défense, la Cour régionale des pensions militaires de Douai a admis la théorie de l'équivalence des conditions. Elle a ainsi fait de la participation de la victime aux essais nucléaires une cause *minimum*, parmi d'autres, de la réalisation du dommage : voy. W. Laurent, « Cour régionale des pensions militaires de Douai : la désillusion nucléaire est-elle toujours de mise ? », *JAC*, vol. 88, juin 2008 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 198 et ss.

trouvant appui à l'article 1382 du Code civil français¹⁶¹³ et impliquant autant d'éléments personnels que d'éléments statistiques¹⁶¹⁴. Il pourra même s'en référer aux algorithmes¹⁶¹⁵, voire à la théorie de la relativité aquilienne, bien que cette dernière n'ait fait qu'une apparition discrète dans la jurisprudence française¹⁶¹⁶. Les deux premières ont, en revanche, déjà été appliquées dans le domaine du nucléaire, qu'il se soit agi d'envisager les conséquences contestées de l'accident de Tchernobyl sur le territoire français¹⁶¹⁷ ou celles, plus sérielles, des essais nucléaires français¹⁶¹⁸. En second lieu, le juge pourra avoir recours à des présomptions de droit, et notamment à des présomptions légalement établies, fondées sur un cadre spatio-temporel et sur une liste de pathologies prédéterminées, à l'image du

¹⁶¹³ Code civil, art. 1382 : « [l]es présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen ».

¹⁶¹⁴ Voy. P. BRUN, « Causalité juridique et causalité scientifique », *op. cit.* ; P. PIERRE, « Les présomptions relatives à la causalité », *RLDC*, 2007, sup. 40 ; C. RADÉ, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *op. cit.* ; E. VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », *op. cit.*

¹⁶¹⁵ M. LAMOUREUX, « La causalité juridique à l'épreuve des algorithmes », *op. cit.*, pp. 1251-1253.

¹⁶¹⁶ Pour beaucoup, la théorie de la relativité aquilienne permettrait de se passer de la notion de causalité considérant que si la réparation d'un dommage fait partie des objectifs poursuivis par la règle de droit, alors la victime de sa seule transgression peut prétendre à une compensation. Nous pensons cependant que la théorie de la relativité aquilienne n'exclue pas toujours la recherche d'un lien de causalité. En revanche, il est certain qu'elle peut jouer dans l'établissement du lien causal. Elle peut permettre d'identifier la cause relevante lorsque deux scénarios contrefactuels sont envisageables ou plus simplement limiter l'étendue du lien causal. Par exemple, elle pourrait s'appliquer pour écarter la responsabilité de l'exploitant dans le cas de l'individu décédant d'une crise cardiaque devant sa télévision en apprenant la nouvelle d'un accident nucléaire. Elle limiterait ainsi la réparation au risque caractérisé : voy. bien que non explicite Cass. civ. 1, 8 avril 1986, *D.* 1986, *IR.* p. 312 ; Cass. civ. 1, 24 janvier 2006, n° 02-16648, *Bull. civ. I*, n° 35 et C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « Définition de la causalité en droit français : la causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne », *op. cit.*, p. 366-367.

¹⁶¹⁷ On pourra prendre pour exemple l'affaire française dite *Nuage de Tchernobyl* dans laquelle il avait été reproché à certains experts de l'époque de ne pas avoir invité la population du sud-est de la France à prendre des mesures afin d'éviter une contamination potentiellement nuisible par les retombées radioactives à la suite de l'accident de Tchernobyl. Des hausses des cas de cancers de la thyroïde et autres affections thyroïdiennes ayant été constatées, des victimes et associations de victime avaient déposé plainte avec constitution de partie civile des chefs d'empoisonnement, administration de substances nuisibles, violences et atteintes involontaires à l'intégrité de la personne. Or, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait refusé de recourir à une présomption de causalité. Elle avait considéré « [qu']il était, en l'état des connaissances scientifiques actuelles, impossible d'établir un lien de causalité certain entre les pathologies constatées et les retombées du panache radioactif de Tchernobyl » : voy. Cass. Crim., 20 novembre 2012, n° 11-87531, *Bull. crim.*, n°251. Cette façon de présenter la situation est quelque peu critiquable dès lors qu'elle amène à se questionner sur l'existence d'une incertitude causale générale et non seulement particulière. Surtout, elle peut s'avérer frustrante quand l'on sait qu'en certaines circonstances, le juge a pu, sinon établir une causalité anti-scientifique, du moins s'affranchir de l'emprise de la science faisant ainsi prévaloir la certitude juridique sur l'incertitude scientifique, laquelle peut d'ailleurs être fondée sur l'augmentation statistique d'une maladie : voy. en ce sens CJUE, 21 juin 2017, *N. W e.a./Sanofi Pasteur MSD*, C-621/15. Dans deux autres affaires (CAA Paris, 19 mars 2008, n°06PA0285 ; CAA Marseille, 5 novembre 2009, n° 08MA00174), le juge administratif, procédant à une analyse statistique, avait néanmoins insisté sur le facteur biaisant d'un meilleur diagnostic des cancers pour écarter le lien de causalité. Or cet argument avait également été avancé dans le cadre de l'accident de *Three Miles Island*, mais également de Tchernobyl et de Fukushima, pour lesquels les hausses de cancer ont parfois été imputé soit à une modification corrélative des conditions de vie (*Perestroïka* en Russie) ou simplement à une meilleure détection : voy. M. C. HATCH, S. WALLENSTEIN et a., "Cancer Rates after the Three Mile Island Nuclear Accident and Proximity of Residence to the Plant", *American Journal of Public Health*, vol. 81, 1991, pp. 719-724 *contra* S. WING, D. RICHARDSON et a., "A Reevaluation of Cancer Incidence Near the Three Mile Island Nuclear Plant : The Collision of Evidence and Assumption", *Environmental Health Perspective*, vol 105, 1997/1, pp. 52-57; UNDP, *The human consequences of the Chernobyl nuclear accident. A strategy of recovery*, New York, 2002, p. 64 et F. ROMERIO, "Nuclear Energy between past and future. An Assessment based on the Concept of Risk", *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 2, 2007, p. 44 et UNSCEAR, "Levels and effects of radiation exposure due to the accident at the Fukushima Daiichi Nuclear Power Station" in *Source, effects and risks of ionizing radiation - Report 2020, Report 2020*, Scientific Annex B, United Nations, 2021, p. 119 : "greater incidence of thyroid cancer and abnormalities observed in those screened than were expected based on national statistics [...] Increasing body of evidence that the observed thyroid cancer are not attributable to radiation exposure [...] no persuasive evidence of any other health effect attributable to radiation exposure".

¹⁶¹⁸ Voy. M. LAMOUREUX, « La causalité juridique à l'épreuve des algorithmes », *op. cit.* L'auteure analyse le recours aux algorithmes dans le cadre du régime d'indemnisation pour les victimes des essais nucléaires introduit par la *Loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des essais nucléaires français*, JORF n° 004, 6 janvier 2010, texte n° 1. Ce régime prévoit ainsi une présomption de causalité au profit de tout demandeur qui démontre qu'il résidait ou séjournait dans les zones définies par la loi à l'époque des essais et qu'il a développé l'une des pathologies figurant dans la liste établie par décret. Or, ce texte présentait l'originalité de donner au comité d'indemnisation la possibilité de renverser la présomption en démontrant que « le risque attribuable aux essais nucléaires [peut] être considéré comme négligeable ». C'est donc à cette fin que le Comité a développé la méthode des algorithmes. Quant à la notion ambiguë de « risque négligeable », elle a été explicitée par le juge administratif pour qui cette « présomption ne peut être renversée que si l'administration établit que la pathologie de l'intéressé résulte exclusivement d'une cause étrangère à l'exposition aux rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires, en particulier parce qu'il n'a subi aucune exposition à de tels rayonnements » : voy. CE, 28 juin 2017, n° 40977. Le législateur est par suite intervenu pour introduire une nouvelle hypothèse de renversement de présomption, c'est-à-dire lorsque la dose annuelle de rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires français reçue par l'intéressé aurait été inférieure à la limite de dose efficace admise concernant l'exposition de la population, à savoir 1 mSv par an : *Code de la santé publique*, art. R.1333-11. Cette méthode serait donc tout à fait transposable au cas d'un accident nucléaire.

régime français d'indemnisation des victimes des essais nucléaires¹⁶¹⁹. Une telle possibilité est d'ailleurs d'ores et déjà prévue en droit français¹⁶²⁰.

En résumé, les effets des rayonnements ionisants sont susceptibles de bouleverser les données classiques, et déjà problématiques, régissant la causalité. Partant, un accident nucléaire pourrait appeler qu'il soit opéré quelques aménagements dans l'établissement du lien de causalité. Pour autant, il ne faudra pas que ces aménagements ne présument totalement de la causalité, car des actions en responsabilité trop bien accueillies risquerait de priver les « réelles » victimes d'un accident nucléaire de la réparation qui leur serait due. Cela est d'autant plus valable que les victimes susceptibles de faire l'objet de dommages anonymes seraient également susceptibles de souffrir d'une autre limite du régime établi. En effet, si l'on peut percevoir dans certaines prescriptions du régime conventionnel des correctifs propre à faciliter incidemment la responsabilité juridique (la responsabilité objective, la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant) d'autres permettent encore incidemment de limiter les dommages réparables. Tel est le cas de la limitation temporelle de la responsabilité de l'exploitant qui fera l'objet des développements suivants.

B. Une limitation *ratione temporis* de la responsabilité

394. Un encadrement temporel opportun de la responsabilité (éventuelle¹⁶²¹). L'opportunité d'encadrer temporellement les actions en réparation réside en grande partie dans la radioactivité qui caractérise les dommages nucléaires. Parce que les dommages radio-induits subis par les victimes pouvaient avoir des effets différés et qu'ils pouvaient, en sus, s'avérer relativement nombreux, les rédacteurs des conventions ont donc tenté une nouvelle fois de parvenir à un compromis entre les divers enjeux suscités par la réception du risque nucléaire. Pour cela, ils sont venus circonscrire dans le temps l'introduction des demandes en réparation des dommages nucléaires.

395. Plan. Cette limitation présente néanmoins une compréhension délicate imposant de revenir plus généralement sur sa consécration par le régime conventionnel (1.) avant d'approfondir l'étude de sa formulation au sein des conventions *princeps* (2.).

1. La consécration conventionnelle de la limitation

396. Plan. La limitation dans le temps de la responsabilité (éventuelle) de l'exploitant nucléaire, si elle est justifiée par l'esprit de compromis qu'imposent les différents enjeux du risque nucléaire, est néanmoins souvent considérée comme favorable à ce dernier (a.). Cet avantage laissé à ce dernier a donc justifié que l'on s'interroge sur la nature juridique de cette limitation (b.).

¹⁶¹⁹ Voy. note ci-dessus.

¹⁶²⁰ Voy. *Code de l'environnement*, art. L597-12.

¹⁶²¹ Nous évoquons ici une limitation éventuelle de la responsabilité car, nous verrons, que la limitation dans le temps de l'introduction des demandes en réparation commence à courir à partir de la survenance de l'accident. Dès lors, si l'on admet qu'il existe un temps de latence entre le moment de survenance de l'accident et le moment de survenance du dommage et que la responsabilité ne naît qu'à la survenance de ce dernier élément, la responsabilité n'est jusqu'alors « qu'éventuelle ». Sur la naissance substantielle d'une créance de réparation au moment de la réunion des trois conditions de la responsabilité : voy. M. BACACHE-GIBEILL, *Droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., pp. 685-686 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., pp. 398-399 ; Y. LEQUETTE, F. TÉRRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil les obligations*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 1183 ; P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA*, 9 novembre 2004, p. 49.

a. *La justification du principe*

397. Une exigence imposée par l'assurance. Fondamentalement, la limitation dans le temps de la responsabilité (éventuelle) de l'exploitant devait permettre de trouver un point d'équilibre entre les intérêts des victimes et ceux de l'exploitant. Il fallait laisser aux premières la possibilité de faire valoir leur action pendant un temps raisonnable compte tenu du caractère progressif des dommages nucléaires¹⁶²². Il fallait également éviter de faire supporter aux exploitants, et surtout à leurs assureurs, la perspective de demeurer tenus de verser des réparations pendant une période prolongée¹⁶²³. En effet, la réparation des *dommages nucléaires*, si elle est limitée dans son montant, est également soumise à une obligation de garantie. Or, cette obligation de garantie financière prend bien souvent – nous l'aurons compris – la forme d'une assurance. La nature aléatoire de certains dommages nucléaires rendant déjà difficile l'assurance du risque nucléaire, l'assureur devait donc pouvoir connaître avec précision l'étendue de sa garantie dans le temps¹⁶²⁴. Cela lui permettait d'éviter de recourir au jeu complexe des clauses, sinon de « reprise du passé inconnu », du moins de « garantie subséquente »¹⁶²⁵. Dans le cas contraire, il aurait été de toute évidence extrêmement difficile de trouver sur le marché de l'assurance un assureur acceptant de garantir une responsabilité illimitée dans le temps. Le cas échéant, l'exploitant potentiel aurait alors choisi, soit de ne pas investir dans cette activité, soit de ne pas couvrir sa responsabilité. Cela aurait eu *in fine* un résultat identique : la paralysie de toute initiative au sein de cette industrie¹⁶²⁶.

398. Une exigence imposée par la figure du responsable. En outre, et surtout, « l'exploitant d'une entreprise nucléaire n'est pas éternel »¹⁶²⁷. Ce dernier exploite en principe son installation en vertu d'une autorisation d'exploitation accordée par les autorités publiques compétentes. Cette autorisation n'est valable que pendant une période relativement limitée et indépendante de la durée de vie réelle du réacteur. En France, les centrales ne reçoivent ainsi qu'une autorisation de fonctionnement pour une période de dix ans, quand on a pu constater *supra* que la durée de vie des réacteurs était bien supérieure¹⁶²⁸. Or, cette autorisation est, en sus, susceptible d'être écourtée pour des raisons dépendantes ou indépendantes de la volonté de l'exploitant. Enfin, tenant compte de la période de latence avant laquelle certains dommages peuvent survenir (ou se révéler), il en résultait que l'exploitant aurait pu se voir opposer des actions en réparation pour des dommages résultant d'un accident survenu sur une installation dont il ne serait plus, depuis longtemps, l'exploitant¹⁶²⁹. Une

¹⁶²² Voy. E.B. STASON, S.D. ESTEP, W.J. PIERCE, *Atoms and the law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1959, p. 80.

¹⁶²³ AEN/OCDE, « Responsabilité et réparation des dommages nucléaires », *op. cit.*, p. 31 ; Harvard Law School/Atomic Industrial Forum (dir.), *International Problems of Financial Protection Against Nuclear Risk* (« Harvard Report »), *op. cit.*, p. 64.

¹⁶²⁴ Voy. J. DÉPRIMOZ, « L'assurance face aux risques technologiques majeurs » in *La réparation des dommages catastrophiques*, *op. cit.*, p. 108.

¹⁶²⁵ Ces différentes clauses qui organisent la gestion temporelle de la garantie des assurances dommages révèlent déjà en effet une complexité certaine en elle-même sans avoir à être appliquée à un accident nucléaire. Le principe de la limitation permet alors de faire coller la durée du contrat sur la durée de la période conventionnelle, évitant ainsi de recourir à ces clauses. Sur ces clauses en droit français, voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14^{ème} ed., Paris, Dalloz, 2017, pp. 510 et ss.

¹⁶²⁶ G. ARANGIO-RUIZ, « Some International Legal Problems of the Civil Uses of Nuclear Energy », *op. cit.*, pp. 590 et ss ; W. E. BELSER, « Limitation quant au délai et au montant de la responsabilité de l'exploitant nucléaire, du point de vue de l'assurance », Paris, 10 mars 1958, AEN, NE/LEG (58)10 ; *Exposé des motifs* (1982), p. 11, §§ 47, 49 ; *Actes officiels de la Conférence internationale de Vienne du 29 avril au 21 mai 1963*, *op. cit.*, pp. 86 et ss.

¹⁶²⁷ Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 426.

¹⁶²⁸ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 1.

¹⁶²⁹ J. BARRY, *L'énergie nucléaire face au droit*, *op. cit.*, pp. 195 et ss.

telle situation ayant d'ailleurs été déjà peu ou prou rencontrée dans le cadre du régime minier, ce dernier ayant alors fait montre des difficultés susceptibles d'être alors éprouvées¹⁶³⁰.

b. La définition du principe

399. Une limitation à l'apparence d'une prescription extinctive. Selon Marc BRUSCHI, « [a]u cœur de la maîtrise du temps par le droit, de la création et de l'extinction des droits, la prescription a toujours été reconnue comme une institution particulièrement essentielle à tout système juridique »¹⁶³¹. La prescription constitue un enjeu majeur de la responsabilité, parce qu'elle permet de savoir si un droit est acquis ou éteint. Dans le cadre du droit de la responsabilité civile nucléaire, seule la prescription extinctive sera abordée. Définie comme le « mode d'extinction d'un droit par l'écoulement d'un certain laps de temps »¹⁶³² et « résultant du non-exercice de [l'action en justice] avant l'expiration du délai fixé par la loi »¹⁶³³, elle est en effet la seule emportant des conséquences sur les conditions procédurales de l'action en responsabilité civile. De prime abord, la limitation de la responsabilité dans le temps de l'exploitant pourrait donc s'apparenter à une forme de prescription, et ce dès lors qu'elle permet de fixer un délai au-delà duquel les actions en réparation introduites à l'encontre de ce dernier ne seront plus recevables sur le fondement du régime. Il faut pour autant se défier des apparences.

400. Une limitation différente de la prescription extinctive. Mise en perspective avec la prescription, la limitation temporelle de la responsabilité de l'exploitant a pu faire l'objet de critiques car elle serait en défaveur aux victimes de manifestations pathologiques tardives et non spécifiques. Mais si cet avantage laissé à l'exploitant nucléaire a pu surprendre, c'est qu'il autorisait dans le même temps à s'interroger sur la nature véritable de cette limitation et sur son assimilation biaisée avec le mécanisme de la prescription. Les deux mécanismes procèdent, en effet, de deux pensées différentes. Dans le droit commun, la prescription est un mécanisme complexe servant principalement à sanctionner un créancier négligent. Elle suppose un comportement d'abstention prolongé de la part de la victime qui n'a pas exercé son droit. En droit français de la responsabilité, le délai de prescription quinquennal de droit commun court ainsi « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer »¹⁶³⁴. Pour les dommages corporels, l'action se prescrit par dix ans « à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé »¹⁶³⁵. Autrement dit, quand le délai de prescription commence *grosso modo* à courir au jour de la révélation du dommage¹⁶³⁶, le délai de responsabilité commence quant à lui à courir à partir du jour où le fait générateur s'est produit, quelle que soit la date à laquelle la victime en a ressenti les effets – voire quelle que soit la

¹⁶³⁰ Voy. T. LEULEU, « Les dommages miniers : démêler l'écheveau » note sous CAA Douai, 28 mai 2014, n° 13DA00381, *Comm. d'aggl. De Len-Liévin*, *AJDA*, 2015, p. 55 et ss.

¹⁶³¹ M. BRUSCHI, « La prescription » in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1013.

¹⁶³² *Code civil*, art. 2219.

¹⁶³³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., sv. « prescription » et plus généralement S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen*, 10ème ed., Paris, Dalloz, 2020, pp. 77 et ss.

¹⁶³⁴ Voy. *Code civil*, art. 2224.

¹⁶³⁵ Voy. *Code civil*, art. 2226.

¹⁶³⁶ Sur ces questions voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

date à laquelle elle aurait objectivement subi le dommage¹⁶³⁷ – donnant naissance à sa créance de réparation¹⁶³⁸. Constituant donc qu’une limitation éventuelle de la responsabilité de l’exploitant, il reste que ce principe irait à l’encontre du principe *contra non valentem*, selon lequel la prescription ne court pas contre celui qui n’est pas à même d’agir¹⁶³⁹. Plus encore, il irait à l’encontre de l’idée, somme toute logique, selon laquelle on ne peut pas agir avant que son droit soit né. Cela permet donc d’opérer trois constats. D’abord, cela permet de constater que la limitation de la responsabilité de l’exploitant n’est pas un délai de prescription. Ensuite, cela permet de confirmer que la limitation de la responsabilité n’est que la limitation d’une responsabilité éventuelle. Enfin, cela permet de confirmer que les délais de prescription sont plus avantageux pour les victimes d’un accident nucléaire, dès lors qu’ils permettent « de ne prendre en considération que le jour de la réalisation concrète du dommage et non pas celui de la *réalisation probable d’un dommage futur* »¹⁶⁴⁰, et plus encore celui du jour de la connaissance subjective de ce dernier par la victime. Pour cela, les rédacteurs des conventions de responsabilité civile nucléaire sont d’ailleurs venus nuancer cette limitation *ratione temporis* de la responsabilité, dévoilant ainsi une superposition de plusieurs délais et donc un ensemble de disposition oscillant entre limitation de responsabilité et véritable prescription.

2. La formulation conventionnelle de la limitation

401. La formulation de la limitation de la responsabilité de l’exploitant. Tout comme le champ d’application géographique des conventions de Paris et de Vienne, ou encore la définition du dommage nucléaire, le délai de soumission des demandes en réparation des dommages nucléaires a été affecté par la révision des conventions. Initialement, la Convention de Paris et la Convention de Vienne prévoyaient que les actions en réparation devaient être intentées sous peine de déchéance dans un délai de dix ans à compter de l’accident nucléaire¹⁶⁴¹. Dès le début des négociations sur la révision de la Convention de Vienne, il y a néanmoins eu un large accord sur la nécessité d’étendre le délai de présentation des demandes en réparation des dommages aux personnes. La période de dix ans

¹⁶³⁷ Si cette imprécision tient à la qualité du caractère silencieux du dommage radioactif, elle peut également tenir à l’appréciation que l’on en aura. Il est en effet une véritable difficulté à cerner le moment exact où la victime subit le dommage selon la définition que l’on retient de cette notion. Si l’on considère que le dommage est la lésion subie d’un point de vue factuel, doit-on considérer que le dommage est subi lors de l’atteinte à l’intégrité porter au corps, fut-elle inconnue, ou lors des conséquences négatives en résultant : exemple le développement d’un cancer, fut-il lui-même inconnu ? Si la question emporte assez peu d’importance ici puisque la limitation court à partir de la survenance du fait générateur, il n’en demeure pas moins qu’elle pourrait susciter le doute en certaine hypothèse qui seront étudiées *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

¹⁶³⁸ Voy. *supra* note n° 1621.

¹⁶³⁹ Ce principe fait d’ailleurs l’objet d’une certaine protection par le juge européen des droits de l’homme : voy. CEDH, *Stagno c. Belgique*, 7 juillet 2009, req. n°1062/07, § 33 ; CEDH, *Eşim c. Turquie*, 17 septembre 2013, req. n°59601/09, § 25 et surtout CEDH, *Howald Moor et a. c. Suisse*, 11 juin 2014, req. n°52067/10 et n°41072/11, § 78 dans lequel, eu égard aux victimes de l’amiante « la Cour estime que, lorsqu’il est scientifiquement prouvé qu’une personne est dans l’impossibilité de savoir qu’elle souffre d’une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription ».

¹⁶⁴⁰ *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2014, Paris, La Documentation française, 2015, p. 262.

¹⁶⁴¹ Voy. *Convention de Paris* (1982), art. 8.a ; *Convention de Vienne* (1963), art. VI.1. A noté toutefois que ce délai était étendu à vingt ans pour les dommages causés par des matières nucléaires perdues ou volées. Cette disposition a toutefois été supprimée compte tenu de la rareté de ces événements, et ne fera donc pas l’objet de plus de développements : voy. *Textes explicatifs*, p. 57 ; *Conférence sur la révision de la Convention de Paris*, p. 82.

apparaissait, en effet, bien trop courte compte tenu des effets des rayonnements ionisants¹⁶⁴². Le Protocole de 1997 puis le Protocole de 2004 sont donc venus étendre ce délai, du moins en ce qui concerne spécifiquement le décès et le dommage aux personnes¹⁶⁴³. Concernant ces dommages, le délai a ainsi été fixé à une période de trente ans après la survenance de l'accident¹⁶⁴⁴. On regrettera simplement qu'il n'ait pas été explicité comment devait être appréciée cette date, particulièrement si l'accident devait résulter d'une succession de faits « s'étendant sur une certaine période de temps »¹⁶⁴⁵ ou s'il devait, pire, être passé inaperçu¹⁶⁴⁶.

Par ailleurs, les textes ont toujours autorisé les législateurs nationaux à fixer un délai de déchéance supérieur, mais sous certaines conditions¹⁶⁴⁷. D'une part, cette extension est possible dans la mesure où la responsabilité de l'exploitant est couverte par une garantie financière ou grâce à des fonds publics pendant une période plus longue, et ce conformément au droit de l'État sur le territoire duquel est située l'installation en cause. Dans cette hypothèse, le droit du tribunal compétent pourra ainsi accueillir les actions intentées durant ladite période, laquelle ne doit, en toute logique, pas excéder celle pendant laquelle la responsabilité de l'exploitant est garantie. Tel a d'ailleurs été le choix du droit français¹⁶⁴⁸. D'autre part, aucune atteinte ne doit être portée au droit à la réparation des dommages pour lesquels une action aurait été introduite avant l'expiration du délai conventionnel. Dans le cadre de la Convention de Paris de 1982 et de la Convention de 1963, cette protection n'était valable qu'à l'égard des victimes de décès ou de dommages aux personnes¹⁶⁴⁹. Logiquement, le Protocole de 2004 est venu donc l'étendre en posant le principe que ces actions – somme toute faussement tardives – ne pourront en aucun cas réduire le montant de la couverture disponible pour les actions intentées dans les trente années suivant l'accident pour les décès et les dommages aux personnes, et dans la période décennale concernant tous les autres types de dommages¹⁶⁵⁰. Quant au Protocole de 1997, il intègre parmi ces actions faussement tardives, les actions intentées du fait de décès ou de dommages aux

¹⁶⁴² Voy. *Textes explicatifs*, p. 56 et notamment les extraits de la conférence NL/2/4, p. 5 et SCNL/1/INF.4, pp. 9-12 ; M. LARGORGE, « Bilan et analyse critique de la convention de Paris et de la Convention complémentaire de Bruxelles après les protocoles de 1982 » in OCDE/AEN, *La responsabilité civile et l'assurance, Symposium de Munich*, op. cit., p. 32. On notera que c'est un délai de même longueur qui avait attiré l'attention de la CEDH dans l'affaire *Howald Moor* suscitée : voy. CEDH, *Howald Moor et a. c. Suisse*, op. cit., § 74 : « considérant que la période de latence des maladies liées à l'exposition à l'amiante peut s'étendre sur plusieurs décennies, elle observe que le délai absolu de dix ans – qui selon la législation en vigueur et la jurisprudence du Tribunal fédéral commence à courir à la date à laquelle l'intéressé a été exposé à la poussière d'amiante – sera toujours expiré. Par conséquent, toute action en dommages-intérêts sera a priori vouée à l'échec, étant périmée ou prescrite avant même que les victimes de l'amiante aient pu avoir objectivement connaissance de leurs droits [...] ».

¹⁶⁴³ Une suggestion a été faite dans le cadre de la Convention de Vienne pour établir une limite distincte pour le dommage à l'environnement, mais elle n'a pas bénéficié d'un appui suffisant : voy. *Textes explicatifs*, p. 56, note 157.

¹⁶⁴⁴ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 8.a ; *Convention de Vienne* (1997), art. VI.1.a.

¹⁶⁴⁵ Voy. *Exposé des motifs* (2004), p. 7, § 15 soulignant que l'accident nucléaire « recouvre également les dommages nucléaires causés par une succession de faits ayant la même origine. Une telle succession correspond à des faits qui se produisent sur une certaine période de temps. Ainsi, par exemple, une émission incontrôlée de rayonnements s'étendant sur une certaine période de temps et qui cause des dommages nucléaires est considérée comme un seul accident nucléaire, si elle a pour cause un phénomène unique, alors même qu'il y aurait eu une interruption dans l'émission de radioactivité ».

¹⁶⁴⁶ Voy. pour comparaison, l'article 13.3 du *Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux* (non entré en vigueur) : « lorsque l'incident ayant causé le dommage est constitué d'une série d'événements ayant la même origine, le délai débute à la date du dernier événement. Lorsque l'incident consiste en un événement de longue durée, le délai débute à la fin de cet événement ».

¹⁶⁴⁷ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 8.b. ; *Convention de Vienne* (1963), art. VI.1 ; *Convention de Vienne* (1997), art. VI.1.b.

¹⁶⁴⁸ Il est prévu que l'État assurera la réparation de ces dommages s'ils devaient survenir après le délai de 10 ans, et ce pour un délai de 5 ans supplémentaire : voy. *Code de l'environnement*, art. L. 1597-17 lequel précise bien que cela ne concerne pas les dommages nucléaires « aux personnes ».

¹⁶⁴⁹ *Convention de Paris* (1982), art. 8.a ; *Convention de Vienne* (1963), art. VI.1.

¹⁶⁵⁰ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 8.c.

personnes introduites après un délai de dix ans¹⁶⁵¹. Or, ce choix est déjà critiquable compte tenu du prolongement du délai opéré à cet endroit. Il l'est d'autant plus que les dommages radioactifs causés aux personnes font bien souvent partie des derniers à, sinon à survenir, du moins à se manifester. Ici se trouve donc un contresens de la Convention de Vienne qui prévoit par ailleurs, et paradoxalement, une hiérarchisation dans la réparation¹⁶⁵². Quoique les rédacteurs aient eu conscience de cette problématique, elle n'a été l'objet d'aucune disposition spécifique. On pourra simplement relever l'application opportune, aux dommages corporels, des dispositions des conventions prévoyant qu'une personne qui aurait intenté une action en réparation dans le délai applicable et qui souffrirait d'une aggravation de son dommage pourra modifier sa demande tant qu'un jugement définitif n'aura pas été rendu, et ce même une fois le délai écoulé¹⁶⁵³.

402. La formulation conventionnelle de la prescription. Outre, les délais de limitation de la responsabilité de l'exploitant, les rédacteurs des conventions avaient également prévu des délais de prescription, parfois qualifiés, en comparaison avec la limitation de la responsabilité, de « délais de prescription *in concreto* »¹⁶⁵⁴. Ces derniers ont également fait l'objet de modification. Initialement la Convention de Vienne autorisait le droit du tribunal compétent à fixer un délai de prescription non inférieur à trois ans à compter de la date à laquelle la victime a eu ou aurait dû avoir connaissance de son dommage et de l'identité de l'exploitant responsable¹⁶⁵⁵. Le Protocole de 1997 a rendu ladite prescription obligatoire¹⁶⁵⁶. Le tribunal compétent n'aura alors plus que la latitude de qualifier ledit délai de trois ans comme délai d'extinction ou comme délai de prescription pouvant être suspendu ou même interrompu¹⁶⁵⁷. Quoi qu'il en soit, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, le jeu de prescription *in concreto* ne pourra en aucun cas dépasser le délai de responsabilité fixé par les conventions ou prolongé par le législateur national comme vu ci-dessus.

Dans le cadre de la Convention de Paris, les parties ont opté pour une solution quelque peu différente. En effet, le texte de 1982 prévoyait initialement la possibilité pour le législateur national de fixer un délai de prescription ne pouvant être inférieur à deux ans à compter du moment où la victime a eu connaissance, ou aurait raisonnablement dû avoir connaissance, du dommage et de l'exploitant responsable¹⁶⁵⁸. Le Protocole de 2004 n'a pas repris une telle prescription. Il est simplement venu se calquer sur la rédaction originelle de la Convention de Vienne de 1963 en venant étendre ce délai facultatif à un minimum de trois ans¹⁶⁵⁹.

403. Conclusion du §. Le caractère diffus des dommages issus de l'exploitation de la fission nucléaire justifiait d'encadrer tant matériellement que temporellement la responsabilité de l'exploitant

¹⁶⁵¹ Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. VI.1.c) ; *Textes explicatifs*, p. 56.

¹⁶⁵² Ainsi, si l'article prévoyant cette hiérarchisation (VIII. b) précise bien qu'elle s'opère sous réserve de l'application de la règle évoquée ici, il n'en demeure pas moins qu'elle reste, à nos yeux, quelque peu illogique.

¹⁶⁵³ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 8.f ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. VI.4 et pour comparaison A. MURE, *L'évolution du préjudice de la victime en droit de la responsabilité civile*, thèse, Grenoble, 2020, 642 p.

¹⁶⁵⁴ V. LAMM, « Le protocole d'amendement de la Convention de Vienne de 1963 », *op. cit.*, p. 203.

¹⁶⁵⁵ Voy. *Convention de Vienne* (1963), art. VI. 3.

¹⁶⁵⁶ Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. VI.3.

¹⁶⁵⁷ Voy. *Textes explicatifs*, p. 59, note 164.

¹⁶⁵⁸ Voy. *Convention de Paris* (1982), art. 8.c.

¹⁶⁵⁹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 8.d.

nucléaire. D'un côté, les conventions ont prévu une définition du *dommage nucléaire* visant à limiter les dommages réparables tant en raison de leur nature intrinsèque qu'en raison de leur cause, rappelant ainsi au souvenir de la théorie de la relativité aquilienne. D'un autre côté, les conventions ont inscrit la responsabilité de l'exploitant dans un cadre temporel strict. Sans remettre en cause leur principe, la considération grandissante pour la situation des victimes ex-post Tchernobyl, a néanmoins motivé l'assouplissement des limites initialement posées. Ces dernières ne se sont cependant pas opérées sans conséquence. Ces limitations étaient initialement prévues pour garantir la réparation des dommages nucléaires les plus prégnants, compte tenu de la limitation de financière de la responsabilité de l'exploitant imposée par l'obligation de garantie financière ; cette même obligation qui a, ensuite, influé sur la limitation temporelle de la responsabilité de l'exploitant. Parce que ces évolutions se sont avérées conformes aux évolutions des droits de la responsabilité civile, il est difficile de contester l'apport des élargissements opérés par le régime de responsabilité civile nucléaire révisé. Il paraît néanmoins important de relever la contrepartie engendrée par cet élargissement du *dommage nucléaire* pour les victimes de dommages corporels tardifs. Bien que l'on puisse saluer l'extension de la limitation *ratione temporis* de la responsabilité de l'exploitant à l'égard de ces dernières – et outre que cette extension ne s'applique qu'aux États qui sont parties aux textes révisés – il subsiste néanmoins un doute sur le fait que cette définition élargie du *dommage nucléaire* ne puisse, en réalité, voir sa portée réduite en l'absence d'une hiérarchisation dans la prise en compte des victimes, en pratique impossible.

C'est en gardant ces quelques interrogations à l'esprit, qu'il s'agira, aux fins de l'application du régime conventionnel aux activités de fusion, d'apprécier l'adéquation de ces limitations à la réparation des dommages susceptibles de résulter d'un accident dû à ces activités.

§ 2. L'incidence des dommages de fusion sur le maintien des limites temporelles et matérielles de la responsabilité de l'exploitant

404. Un risque radiologique réduit. Le niveau de risque radiologique associé aux activités de fusion thermonucléaire serait relativement faible en comparaison de celui des activités de fission. Cela ne signifie pas que des accidents seraient moins susceptibles de se produire. Cela signifie simplement que ces évènements présenteraient, en toute hypothèse, une faible incidence radiologique. La radioactivité étant ainsi le critère exclusif de la distinction entre le dommage nucléaire au sens conventionnel et le dommage non nucléaire, la justification de la couverture des activités de fusion par le régime de responsabilité civile nucléaire doit être conditionnée par le risque radiologique qu'elle présente¹⁶⁶⁰.

405. Plan. Pour cela, avant de s'intéresser à l'adaptabilité des prescriptions étudiées ci-avant aux dommages susceptibles de résulter de la réalisation du risque de fusion (B.), il convient d'en établir, en l'état des connaissances scientifiques, les spécificités radiologiques (A.).

¹⁶⁶⁰ Voy. AEN, « Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Conventions: Fusion Reactors », *op. cit.*, p. 8.

A. Le risque radiologique de l'exploitation de la fusion

406. Plan. Un des aspects les plus favorables de la sûreté des installations de fusion thermonucléaire réside dans la limitation des produits de combustion. À l'exception du tritium qui sera produit *in situ*¹⁶⁶¹, les constituants combustibles c'est-à-dire le deutérium et le lithium, ainsi que les produits de réaction, ne sont pas radioactifs. C'est pourquoi les caractéristiques radiologiques du tritium, principal élément radiologique des activités de fusion nucléaire (1.), constitueront le facteur déterminant, bien que non exclusif, de la caractérisation des dommages susceptibles d'être causés par un accident de fusion (2.).

1. Le risque radiologique du tritium

407. Les caractéristiques radiologiques du tritium. Le tritium est, comme le protium et le deutérium, l'un des isotopes de l'hydrogène. Mis en évidence par Ernest RUTHERFORD, cet isotope est, à la différence des deux autres, radioactif. Relativement rare à l'état naturel, sa production naturelle est en majorité issue des réactions nucléaires qui se produisent dans la haute atmosphère. Dès lors, si la quantité de tritium a largement augmenté lors des essais nucléaires opérés entre 1945 et 1963, ce radioisotope est aujourd'hui principalement produit par l'industrie nucléaire pacifique¹⁶⁶². Plus encore, il constitue l'un des radionucléides les plus rejetés par les installations nucléaires¹⁶⁶³. Ainsi, tant la modification de certains modes de gestion du combustible des réacteurs actuels que la mise en exploitation future de nouveaux réacteurs de fusion nucléaire – tels que le réacteur ITER – ont relancé l'intérêt de la communauté scientifique à l'égard du tritium¹⁶⁶⁴.

Radionucléide émetteur de faible énergie et doté d'une demi-vie relativement courte de 12,32 ans¹⁶⁶⁵, le tritium est considéré comme un élément de faible radiotoxicité : le rayonnement β qu'il émet ne présente *a priori* pas de dangerosité particulière¹⁶⁶⁶. Cela étant, parce qu'il constitue un radio-isotope de l'hydrogène – lequel compose l'eau (H₂O) et la matière organique (CHONP¹⁶⁶⁷) – son comportement pourra, pour partie, résulter de sa composition. En effet, dans un organisme vivant, le tritium peut prendre les différentes formes de l'hydrogène. Il peut ainsi exister sous la forme de l'eau tritiée, autrement appelée tritium libre ou HTO, que l'on retrouve dans les lacs, les rivières, la vapeur

¹⁶⁶¹ On rappellera que les réacteurs construits sur le modèle d'ITER devraient posséder une couverture en lithium afin que ce dernier puisse absorber les neutrons et les recombinaison en atomes de d'hélium et de tritium. Ce dernier sera ainsi extrait puis recyclé dans le plasma afin de reprendre sa fonction de combustible : voy. *supra* Introduction § 6.

¹⁶⁶² Voy. IRSN, *Actualisation des conséquences acquises sur le tritium dans l'environnement*, 2017, Rapport PRP-ENV/SERIS.

¹⁶⁶³ Voy. à tout le moins pour la France IRSN, *Source de production et gestion du tritium produit par les installations nucléaires*, 2010, Rapport DSU n° 217 ; ASN, « Bilan annuel des rejets de tritium pour les installations nucléaires de base (2019) in *Livre Blanc du Tritium*, actualisation 2021, pp. 280-283.

¹⁶⁶⁴ Ainsi, l'Autorité de sûreté nucléaire française publiait en 2010 un livre blanc sur le tritium (actualisé en 2021), lequel a été complété par plusieurs rapports de l'IRSN, abordant, entre autres, la question des effets du tritium sur les êtres vivants et l'environnement. Un tel intérêt est également présent au Canada du fait très certainement de l'exploitation des réacteurs CANDU : voy. ASN, *Livre Blanc du Tritium*, 2010, actualisation 2021 ; CNSC, « Tritium : Effets sur la santé, dosimétrie et radioprotection », Info-0799 disponible sur le site de la Commission canadienne de sûreté nucléaire.

¹⁶⁶⁵ La demi-vie est le temps mis par une substance pour perdre la moitié de son activité pharmacologique, physiologique ou radioactive. Dans le cadre du nucléaire, c'est donc le temps au cours duquel la quantité des atomes radioactifs d'une substance radioactifs se désintègrent de moitié. Pour exemple, le plutonium 239 utilisée par l'industrie nucléaire a une demi-vie de 24 110 ans. Quant à l'uranium 233, sa demi-vie est de 159 200 années.

¹⁶⁶⁶ Le rayonnement \otimes est l'un des rayonnements du noyau des atomes radioactifs avec les rayonnements \otimes et \oplus . Il est réputé être celui étant le plus dangereux car il est chargé électriquement, bien qu'il pénètre moins profondément dans l'organisme que le rayonnement \otimes .

¹⁶⁶⁷ Toutes les molécules organiques sont des compositions d'Hydrogène, de Carbone, d'Oxygène, d'Azote et de Phosphore.

d'eau ou encore le tissu intracellulaire. Il pourra ensuite exister sous la forme de tritium lié (OBT) que l'on retrouve dans la matière organique. Il pourra enfin prendre la forme du gaz tritié (HT) qui, par oxydation, peut devenir de l'eau tritiée. Quelle que soit son origine, le tritium est donc extrêmement mobile au niveau de tous les systèmes biologiques et dans l'environnement, s'échangeant avec les atomes de l'hydrogène au sein des molécules biologiques¹⁶⁶⁸. Dit autrement, il présenterait un risque radiologique s'il devait pénétrer dans un organisme vivant par inhalation, ingestion ou par absorption dans l'organisme par la peau¹⁶⁶⁹, et cela bien qu'il apparaisse peu dangereux une fois absorbé dans l'organisme. L'eau tritiée, qui serait susceptible de constituer plus de 90 % de la dose reçue, se diffuserait uniformément dans l'organisme et ne s'accumulerait dans aucun tissu ou organe biologique¹⁶⁷⁰. Quant à sa période biologique, elle serait d'environ 10 jours, pour 40 jours en moyenne pour le tritium organique¹⁶⁷¹.

408. L'impact du tritium sur les êtres vivants. Si le tritium présente peu de danger en comparaison à d'autres éléments radioactifs, cela ne signifie pas qu'il n'en présente aucun. À l'instar des autres formes de rayonnement ionisant, le tritium peut entraîner des effets néfastes sur la santé, qu'ils soient déterministes ou stochastiques. La difficulté tient à la détermination de ces effets. Plusieurs études, menées sur les travailleurs, les populations riveraines d'installations nucléaires et leurs descendances, font apparaître une surincidence ou une surmortalité de/par différents types de cancers. Mais ces études présentent des biais méthodologiques importants (manque de puissance statistique ou manque d'information sur la dose reçue) qui ne permettent pas d'imputer avec certitude ces observations à l'exposition au tritium¹⁶⁷². Pour cela, quoiqu'elles aient conduit certaines institutions à classer le tritium individuellement « non cancérigène sur l'homme »¹⁶⁷³ ou à considérer que sa manipulation ne serait pas plus dangereuse que celle des radio-isotopes à usage médical ou industriel¹⁶⁷⁴, il reste que des études expérimentales conduites *in vivo* sur des animaux de laboratoire ou *in vitro* seraient mieux documentées. Ainsi, ces études auraient mis en évidence une surincidence du tritium et sa promotion de leucémies et de tous types de cancers après contamination ainsi que ses effets cellulaires précoces *in utero*. Toutefois, cette incidence s'opérerait à des doses extrêmement élevées, c'est-à-dire

¹⁶⁶⁸ Voy. L. LEBARON-JACOB, « État des connaissances de l'impact du tritium sur la santé », Publication de l'AIEA, 2009.

¹⁶⁶⁹ Trois voies d'exposition ont effectivement été identifiées. La première est l'absorption par ingestion. Dans cette hypothèse, l'absorption du tritium sera quasi-complète et la distribution sera homogène dans l'organisme très rapidement. La deuxième voie d'exposition est l'absorption par inhalation du tritium sous forme gazeuse, qui sera alors transféré dans le sang sans modification de la forme chimique. La troisième d'exposition se fait par l'épiderme. Dans cette dernière hypothèse, il est généralement admis que le tritium possède un pouvoir peu pénétrant du fait de la faiblesse de ses rayonnements. En effet, ces derniers sont rapidement bloqués par la couche de peau morte recouvrant l'épiderme. Toutefois, le tritium peut se combiner avec l'eau des tissus pour former de l'eau tritiée et du tritium organique rapidement transférable dans le sang.

¹⁶⁷⁰ Des contaminations accidentelles de travailleurs ont mis en évidence une élimination rapide par voie urinaire et fécale : voy. SFRP, « Le tritium et l'environnement », Fontenay au Rose, Éditée par SFRP, 2002.

¹⁶⁷¹ La période biologique, ou demi-vie biologique, est le temps au bout duquel la moitié de la quantité de substance ingérée ou inhalée est éliminée par l'organisme et/ou a perdu son activité biologique. Par comparaison, la période biologique du plutonium 239, l'une des plus longues, se compterait en dizaine d'années dans le foie et les poumons.

¹⁶⁷² Voy. S. WANIGARATNE, E. HOLOWATY et a., « Estimation du risque de cancer lié à l'exposition au tritium dans le cadre des activités courantes de la centrale de Pickering (Ontario) », *Maladies chroniques et blessures au Canada*, vol. 33, 2013, pp. 278-289 ; A. RANNOU, P. GOURMELON « Élément de réflexion sur le risque sanitaire posé par le tritium », IRSN, Rapport DRPH/DIR/2009-18, pp. 7 et ss ; S. GAZAL, C. CHENAL, J.C. AMIARD, « Les effets biologiques et sanitaire du tritium : question d'actualité » in ASN, *Livre blanc sur le tritium*, *op. cit.*, pp. 251 et ss.

¹⁶⁷³ Cette constatation a en effet conduit l'International Agency for Research on Cancer à classer le tritium comme individuellement « non cancérigène sur l'homme » : voy. L. LEBARON-JACOBS, « État des connaissances de l'impact du tritium sur la santé », *op. cit.*

¹⁶⁷⁴ Qui sont, rappelons-le, exclus du régime conventionnel : voy. AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », *op. cit.*, p. 2.

équivalentes à une dose supérieure à 500 mSv¹⁶⁷⁵. Or, aujourd'hui, les émissions des installations nucléaires en activité exposeront le public et les travailleurs à une dose efficace¹⁶⁷⁶ extrêmement faible, *a priori* bien inférieure à 1 mSv par an¹⁶⁷⁷. Partant, il a été estimé que le tritium serait très peu susceptible de produire des effets néfastes sur la santé.

En résumé, et en l'état des connaissances scientifiques, le tritium représenterait un danger relativement faible pour les êtres vivants. Pour certains, il serait cependant encore sous-estimé, et il faut effectivement admettre qu'il existe encore certaines incertitudes concernant la dangerosité de cet élément¹⁶⁷⁸. Aujourd'hui, la communauté scientifique semble donc s'accorder sur la nécessité de compléter les connaissances sur les effets du tritium¹⁶⁷⁹. Partant, toute tentative de détermination et de catégorisation des dommages nucléaires susceptibles de résulter de la réalisation du risque nucléaire de fusion, telle qui s'en suivra, aura inexorablement un aspect spéculatif.

2. Le risque radiologique des activités de fusion

409. Des scénarios inévitablement spéculatifs d'accident de fusion. À ce stade de développement de la fusion nucléaire, il est difficile de déterminer le risque que présenterait l'utilisation de l'énergie de fusion pour l'homme et son environnement. D'une part, des imprécisions subsistent quant au danger du tritium. D'autre part, il est encore difficile de prévoir avec certitude le scénario type d'un accident qui pourrait survenir sur une telle installation. De nombreuses études ont pourtant été menées afin de matérialiser les risques de l'exploitation de cette énergie, notamment dans le cadre du projet ITER. Bien qu'il faille garder à l'esprit que *toute science crée une nouvelle ignorance*¹⁶⁸⁰, ces études, combinées aux connaissances acquises sur le tritium, constituent ainsi la seule base sur laquelle il peut être prospectivement envisagé les dommages nucléaires susceptibles de résulter d'une activité de fusion. Dans une installation de fusion nucléaire, un accident semblable à celui de Tchernobyl ou de Fukushima ne pourrait pas se produire. À la différence de la technologie de fission nucléaire, la physique de la fusion nucléaire exclut effectivement tout risque d'emballement de la réaction ou de fonte du cœur du réacteur. Le risque radiologique principal d'une installation de fusion résiderait dans le relâchement accidentel du tritium confiné en son sein, c'est-à-dire entre 3 et 5 kilogrammes de matière¹⁶⁸¹. Partant, les études menées dans le cadre de l'*European Fusion Development Agreement* et les

¹⁶⁷⁵ Le sievert est l'unité utilisée pour donner une évaluation de l'impact des rayonnements ionisants sur l'homme : voy. L. LEBARON-JACOBS, A. FLÜRY-HÉRARD, « Effets du tritium *in utero* » in ASN, *Livre blanc sur le tritium, op. cit.*, pp. 242 et ss.

¹⁶⁷⁶ En radioprotection, la dose efficace est une grandeur de radioprotection mesurant l'impact sur les tissus biologiques d'une exposition à un rayonnement ionisant. Cela correspond à la dose absorbée prenant en compte le tissu ou l'organe touché, à la différence de la dose équivalente qui prend en compte le type de rayonnement.

¹⁶⁷⁷ Ce qui constitue comme nous le verrons ci-après le seuil maximal accepté pour le public. Elle aurait ainsi été estimée à moins 0,01 msv : voy. ASN, « Bilan annuel des rejets de tritium pour les installations nucléaires de base », *op. cit.*

¹⁶⁷⁸ Cela concerne principalement la question du tritium lié qui a été moins étudiée que celle de l'eau tritiée, et qui présenterait un risque supérieur que cette dernière. Cela concerne également la question de l'accumulation dans la biosphère ou de l'exposition dite chronique par opposition à accidentelle : voy. P. BARBEY, D. BOILLEY, « Le tritium : un risque sous-estimé » in ASN, *Livre blanc sur le tritium, op. cit.*, p. 268.

¹⁶⁷⁹ Voy. P. SMEESTERS, R. MASSE, « Groupes de réflexion tritium – Synthèse des travaux et recommandations » in ASN, *Livre blanc sur le tritium, op. cit.*, pp. 6 et ss.

¹⁶⁸⁰ H. MICHAUX, *Plume*, 1938, postface.

¹⁶⁸¹ Dans une centrale de fusion industrielle, les besoins en tritium devraient être de l'ordre de 300 g à 450 g par jour pour produire entre 800 mégawatts et 1 gigawatt d'électricité. Cela signifierait un besoin en tritium permanent de 3 à 5 kg sur site. Dans le cadre d'ITER, l'inventaire maximal en tritium de l'installation serait de 4 kg. La consommation annuelle de tritium de l'installation devrait être de l'ordre de 1,2 kg

rapports préliminaires de sûreté concernant l'installation ITER ont ainsi envisagé les risques d'accident les plus graves pouvant survenir afin de quantifier la dose de tritium susceptible d'être reçue par les travailleurs et le public. Dans la première étude, les doses reçues par le public étaient estimées à 1,2 mSv ou 18,1 mSv en fonction du type de modélisation de l'installation en cause¹⁶⁸². Dans les circonstances les plus dramatiques, les rapports de sûreté concernant l'installation ITER évaluaient, quant à eux, les doses reçues par les travailleurs et le public comme inférieures à 4 mSv. Pour une appréhension vulgaire de ces données scientifiques, il convient donc d'introduire quelques éléments de comparaison.

410. Éléments de comparaison (1) : la radioactivité des événements passés. Concernant l'accident de Fukushima, les rapports de l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire, de l'Organisation mondiale de la santé et du Comité scientifique des Nations Unies pour les effets des radiations atomiques avaient estimé en 2012, soit juste une année après l'accident, que les travailleurs de la centrale auraient reçu des doses efficaces variant entre 100 mSv et 250 mSv, la dose maximale enregistrée ayant été de 678 mSv. Pour la population, les doses efficaces les plus élevées auraient été mesurées dans deux villes de la préfecture de Fukushima. Elles se seraient situées entre 10 et 50 mSv en moyenne, avec des chiffres entre 100 et 200 mSv au niveau de la thyroïde concernant les enfants¹⁶⁸³. Pour le reste de la préfecture, les doses auraient oscillé entre 1 à 10 mSv et auraient été inférieures à 1 mSv dans les autres provinces. Elles auraient été essentiellement dues à la consommation d'aliments contaminés¹⁶⁸⁴.

Dans le cas de l'accident de Tchernobyl, la radioactivité engendrée aurait été dix fois supérieure à celle de l'accident de Fukushima. Bien qu'il reste difficile de déterminer les doses reçues par les individus à proximité de la centrale, un rapport de l'Agence pour l'Énergie nucléaire avait évalué que les travailleurs de la centrale au moment de l'accident auraient reçu des doses comprises entre 1 et 16 Sv (et non mSv !). Les « liquidateurs », c'est-à-dire les individus étant intervenus sur le site entre 1986 et 1990, auraient été exposés à des doses variant entre 130 et 250 mSv. Quant à la population présente dans un rayon de 30 km, la dose efficace moyenne se serait élevée à 17 mSv et les valeurs individuelles auraient été comprises entre 0,1 et 380 mSv¹⁶⁸⁵.

411. Éléments de comparaison (2.) : les seuils de la réglementation française. La législation française et le droit de l'Union européenne fixent à 1 mSv par la dose efficace maximale admissible des activités

(montée progressive en puissance prévue sur 10 ans) : voy. AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », *op. cit.*, p. 7 ; ASN, *Livre blanc sur le tritium*, *op. cit.*, p. 33 et les informations disponibles sur le site de l'Organisation ITER : <https://www.iter.org/fr>.

¹⁶⁸² Voy. EFDA, « A Conceptual Study of Commercial Fusion Power Plants – Final Report of the European Fusion Power Plant Conceptual Study », EFDA (05) 27/4/10, 2005, p. 17.

¹⁶⁸³ En 2020, après 4 campagnes de détection, environ 200 cancers thyroïdiens avaient été détectés sur une population cible d'environ 1 millions : voy. IRSN, « Fukushima Daiichi, 10 ans après : Bilan de la surveillance sanitaire et des études épidémiologiques conduites chez les habitants de la préfecture de Fukushima - Point de la situation en mars 2021 » disponible sur le site de l'IRSN.

¹⁶⁸⁴ Voy. OMS, *Preliminary dose estimation from the nuclear accident after the 2011 Great East Japan Earthquake and Tsunami*, Genève, WHO Librabry, 2012, 124 p. ; IRSN, « Fukushima, un an après : premières analyses de l'accident et de ses conséquences », Rapport IRSN/DG/2012-001, 2012, 189 p. ; UNSCEAR, « Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japon earthquake and tsunami » in *Source, effects and risks of ionizing radiation - Report 2013*, vol. 1, Annexe A, United Nations, 2014, 321 p. et UNSCEAR, « Levels and effects of radiation exposure due to the accident at the Fukushima Daiichi Nuclear Power Station » (2021), *op. cit.*

¹⁶⁸⁵ Voy. AEN/OCDE, *Chernobyl: Assessment of Radiological and Health Impacts*, Paris, Ed. OCDE, 2002, pp. 61 et ss

humaines pour le public, c'est-à-dire en dehors de la radioactivité naturelle et médicale¹⁶⁸⁶. La population française serait ainsi exposée chaque année à une dose efficace de 4,5 mSv par habitant dont environ 3 mSv proviendrait de la radioactivité naturelle et 1,5 mSv de la radioactivité artificielle. Sur ces 1,5 mSv, moins de 1 % (0,012 mSv) serait imputable aux activités industrielles et militaires¹⁶⁸⁷. Pour les travailleurs, le droit français comme le droit de l'Union européenne suivent les recommandations de l'Organisation internationale du travail. La législation française fixe ainsi un maximum de 20 mSv sur douze mois consécutifs pour un travailleur. Ce seuil est revu à la baisse pour les femmes enceintes (1 mSv) et les apprentis et étudiants (6 mSv). Il peut en revanche être élevé en cas d'urgence radiologique jusqu'à 500 mSv¹⁶⁸⁸. Par conséquent, un accident nucléaire survenant sur une installation de fusion se situerait sur le niveau 1 à 3 de l'échelle internationale de classement des événements nucléaires¹⁶⁸⁹. Cela signifie, plus concrètement, que survenant sur le territoire français, il ne devrait impliquer ni mise à l'abri ni évacuation de la population. De même, aucune administration d'iode stable ne devrait être rendu nécessaire, et la faible possibilité de contamination des cultures n'emporterait le besoin d'aucune restriction alimentaire¹⁶⁹⁰.

Compte tenu de l'état des connaissances actuelles concernant les risques pouvant résulter de l'exploitation d'une installation de fusion nucléaire, il convient donc de questionner l'adaptabilité du régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire à celle-ci.

B. La détermination du dommage de fusion

412. Plan. Nonobstant le fait que les activités de fusion présenteraient un risque nucléaire relativement réduit, le régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire pourrait trouver à s'y appliquer. À cette fin, il convient donc de questionner l'adéquation de la définition conventionnelle du *dommage nucléaire* avec les dommages susceptibles de résulter d'un accident de fusion (1.), mais également celle de la limitation *ratione temporis* de la responsabilité de l'exploitant (2.).

1. Une adéquation ambivalente de la définition du dommage nucléaire

413. Plan. Si la définition conventionnelle du dommage nucléaire peut s'appliquer dans le cadre d'un accident résultant d'une activité de fusion, cette application demeurera cependant conditionnée par

¹⁶⁸⁶ Voy. Code de la santé publique, art. R1333-11 ; Directive 2013/59/Euratom du 5 décembre 2013 fixant les normes de bases relatives à la protection sanitaire contre les dangers résultant de l'exposition aux rayonnements ionisants de l'Union Européenne, JO L 117 du 5.5.2017, article 12. À noter qu'on observe peu ou prou les mêmes limites au Canada ou aux États-Unis.

¹⁶⁸⁷ Voy. IRSN, *Exposition de la population française aux rayonnements ionisants, Bilan 2014-2019, 2021, Rapport IRSN/2021-00108.*

¹⁶⁸⁸ Voy. Code du travail, article R. 4451-6, R.4451-7 et R. 4451-8 ; Directive 2013/59/Euratom du 5 décembre 2013 fixant les normes de bases relatives à la protection sanitaire contre les dangers résultant de l'exposition aux rayonnements ionisants de l'Union Européenne, JO L117 du 5.5.2017, art. 9, 10, 11 et 53. Voy. également OIT, "Radiation safety and protection of workers in nuclear emergency operations", Briefing note, 14 avril 2021. A titre de comparaison, concernant ITER, la démarche d'optimisation mise en œuvre à la conception de l'installation a retenu une dose individuelle annuelle de 2,5 mSv avec une dose maximale de 10 mSv : voy. IRSN, *Réacteurs nucléaire de fusion//considérations sur les questions de sûreté et de radioprotection des réacteurs de démonstration après l'installation ITER*, Rapport IRSN 2017/199, 2018, p. 54.

¹⁶⁸⁹ L'échelle internationale de classement des événements nucléaires, autrement appelée échelle INES (*International Nuclear Event Scale*) sert à mesurer la gravité d'un incident ou d'un accident nucléaire civil. Cette échelle compte huit niveaux de gravité notés de 0 à 7. Un écart est classé 0, un incident nucléaire est classé de 1 à 3, et un accident nucléaire de niveau 4 à 7. Élaborée conjointement par l'AIEA et l'Agence pour l'énergie nucléaire en 1990 à la suite de l'accident de Tchernobyl (niveau 7), et mise en application au niveau international en 1991, l'INES est maintenant appliquée par environ 70 pays. L'accident de Fukushima a également été élevé au niveau 7 de cette échelle.

¹⁶⁹⁰ Ainsi, en droit français, des niveaux d'intervention exprimés en termes de doses servent de repères aux pouvoirs publics pour décider, au cas par cas, des actions à déclencher. Ainsi la mise à l'abri sera recommandée si la dose efficace prévisionnelle dépassé 10 mSv, l'évacuation si elle dépasse les 50 mSv et l'iode stable si la thyroïde dépasse les 100 mSv : voy. Code de la santé publique, art. R. 1333-86.

certains facteurs externes tant pour la définition intrinsèque (a.) qu'extrinsèque (b.) du dommage nucléaire.

a. La définition intrinsèque du dommage nucléaire

414. Une adéquation de principe. Strictement, l'application de la définition conventionnelle intrinsèque du dommage nucléaire aux dommages susceptibles de résulter d'un accident de fusion nucléaire ne poserait aucune difficulté. Le fait que la fusion présente des risques moindres n'empêche en aucun cas de prévoir une liste large de dommage. En réalité, une pierre d'achoppement résiderait dans l'hypothèse où les dommages résultant d'un accident de fusion seraient radicalement différents de ceux envisagés par le régime de responsabilité civile nucléaire, au point que l'application du régime conventionnel ne présente aucune opportunité. Assurément, cette hypothèse est très peu réaliste. Mais en tout état de cause, la définition du *dommage nucléaire* englobe en tout état de cause une liste relativement exhaustive de dommage réparable, à plus forte raison depuis les révisions précédemment évoquées (bien que cela ne soit valable que pour les États qui y ont adhéré). Dès lors, la source la plus probable d'inadéquation serait celle dans laquelle un système juridique aurait établi l'existence de nouveaux types préjudices, et ce indépendamment de toute question liée à la radioactivité. Cette éventualité ne peut en toute hypothèse pas être écartée, en a témoigné l'expansion du droit français à cet endroit¹⁶⁹¹. Le cas échéant, la portée de la réparation de certains dommages nucléaires étant toutefois laissée à l'appréciation du tribunal compétent, le juge bénéficiera subsidiairement d'une marge d'adaptation dans l'application de cette définition à des actions découlant d'un accident nucléaire de fusion – à tout le moins si la fusion devait être couverte par les conventions révisées.

415. Une adéquation conditionnée. Il convient toutefois de nuancer notre propos. Si la définition du *dommage nucléaire* paraît adaptée aux potentiels dommages pouvant résulter d'un accident de fusion, il faut d'ores et déjà penser aux conséquences de l'application d'une telle définition. Il est évident qu'une définition large du *dommage nucléaire* ne pourra avoir d'effet concret que si des ressources financières suffisantes sont allouées aux fins d'en assurer la réparation. C'est pourquoi, l'opportunité du maintien de la définition du *dommage nucléaire* est encore conditionnée par l'adaptabilité des prescriptions conventionnelles relatives à la couverture financière de la responsabilité de l'exploitant qui seront étudiées *infra*.

b. La définition extrinsèque du dommage nucléaire

416. Une inadéquation a priori strictement formelle du dommage. Pour être couverts par le régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire, les dommages susceptibles de résulter d'un accident de fusion devront avoir un lien étroit avec la radioactivité. Rappelons, en effet, qu'une demande en réparation ne peut être introduite au titre des conventions que lorsque l'évènement et le dommage sont dus l'un et l'autre à la radioactivité, ou encore lorsqu'un évènement de nature classique provoque

¹⁶⁹¹ On pourra d'ailleurs s'en faire le témoin *infra* Partie II, Titre I, Chapitre II, Section 2.

un dommage ou des blessures radio-induits, et aussi lorsqu'un évènement dû à la radioactivité provoque un dommage de type classique. Aux termes des conventions de Paris et de Vienne, le *dommage nucléaire* doit donc *découler* ou *résulter* des propriétés radioactives des *combustibles nucléaires* ou produits ou *déchets radioactifs* ou d'une source de rayonnements ionisants se trouvant dans une *installation nucléaire*¹⁶⁹². Rappelons également que le tritium n'est *de lege lata* pas un combustible nucléaire au sens des conventions de responsabilité civile nucléaire et que sa qualité de *produits ou déchets radioactifs* reste sujette à discussion. S'il émet bien des rayonnements ionisants, les installations de fusion ne sont de toute façon pas des *installations nucléaires* au sens des conventions¹⁶⁹³. Pour cela, c'est bien dans une approche *de lege ferenda* incluant les adaptations formelles précédemment envisagées qu'il s'agira ici d'envisager l'adaptabilité de la définition extrinsèque du dommage nucléaire aux dommages susceptible de résulter de la fusion nucléaire¹⁶⁹⁴.

417. Plan. Pourtant, une fois écartée la sempiternelle question de la causalité (i.), les dommages causés par les activités de fusion peuvent encore interroger sur leur adéquation avec la définition extrinsèque du dommage nucléaire. Parce que la fusion présenterait en sus un risque non nucléaire, elle ramène à la question de la délimitation du *dommage nucléaire* et de son lien avec *la réalisation du risque nucléaire* (ii.).

i. Un risque d'incertitude causale surmontable

418. Une appréciation causale ne présentant *a priori* aucune difficulté nouvelle. Rappelons que les conventions de responsabilité civile nucléaire sont peu prolixes concernant la question de la causalité, question qui relève principalement des droits nationaux. Pour reprendre une nouvelle fois les mots de Norbert PELZER, cela est assurément dû au fait que « le problème de la causalité dans le droit de la responsabilité civile nucléaire est une partie intégrante du problème juridique global de la causalité et doit être intégré dans ce contexte »¹⁶⁹⁵. En d'autres termes, si le risque nucléaire de fusion devait poser des difficultés dans l'appréciation du lien causal entre sa réalisation et les éventuels dommages en résultant, celles-ci ne devraient pas s'avérer bien différentes de celles jusqu'alors identifiées.

419. Le traitement d'une éventuelle incertitude scientifique générale. Cependant, il est possible, bien que l'on se situe encore dans le domaine de la radioactivité, que cette incertitude puisse influencer sur l'établissement du lien de causalité général et du lien de causalité particulier en raison du débat scientifique portant sur le tritium¹⁶⁹⁶. L'on sait cependant, et notamment depuis le contentieux vaccinal contre l'hépatite B, que le juge français et le juge européen parviennent peu ou prou à surmonter une telle difficulté. À défaut d'avoir recouru directement à une présomption de droit¹⁶⁹⁷, le juge civil parvient à se détacher du débat scientifique si tant est qu'il existe une présomption de faits graves,

¹⁶⁹² Voy. en ce sens *Textes explicatifs*, p. 7 ; *Exposé des motifs* (1982), p. 2, § 8 ; *Exposé de motifs* (2020), p. 28, § 61.

¹⁶⁹³ Voy. Titre I, Chapitre préliminaire.

¹⁶⁹⁴ Voy. *supra* Titre I

¹⁶⁹⁵ N. PELZER, « Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire », *op. cit.*, p. 42.

¹⁶⁹⁶ Sur cette distinction, voy. *supra* § 1, A, 2, b.

¹⁶⁹⁷ Tel est semblait être la solution du juge administratif depuis les arrêts CE, 9 mars 2007, n° 267635, n° 267635, n° 285288 et n° 283067, *Nadine Schwartz et a., Rec. Lebon*, p. 118 bien qu'il ait en réalité fait montre d'une jurisprudence décousue : voy. notamment A. ROUYÈRE, « Variation jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques », *RFDA.*, 2008, pp. 1011-1023.

précis et concordants suffisante pour établir une causalité juridique, notamment lorsque les études scientifiques n'écartent pas formellement cette hypothèse¹⁶⁹⁸. Autrement dit, l'appréciation de la causalité dans le cadre d'un accident de fusion connaîtra les mêmes écueils que ceux précédemment évoqués et que le juge a déjà pu éprouver.

Dès lors, si l'on doit émettre quelques doutes sur l'adéquation de la définition extrinsèque du dommage nucléaire, c'est davantage par rapport à l'exclusivité de la prise en considération du risque nucléaire par les conventions.

ii. Une détermination complexe du risque caractérisé

420. Le risque non radioactif des installations de fusion. *Grosso modo* et faisant fi des détails, un dommage nucléaire implique un rayonnement ionisant. Cela est désormais bien acquis. Mais si le tritium ne connaît pas un risque radioactif important, d'autres produits utilisés sur une installation de fusion pourraient présenter une certaine toxicité bien qu'étant non radioactif. Le béryllium, par exemple, est un métal toxique et cancérigène, affectant les poumons. Or, il sera présent en grande quantité sur le site d'ITER, puisqu'il participe à revêtir la structure du réacteur¹⁶⁹⁹. Il pourrait même présenter un plus grand risque que le tritium, ce qui différencie ici le risque nucléaire de fusion et celui de fission. Au sein des activités de fissions nucléaires, il est effectivement difficile de rivaliser avec les dangers de l'uranium ou du plutonium. Dès lors, si un accident de fusion devait survenir et conduire, dans le pire des cas, à une destruction du réacteur, la question se poserait certainement de savoir si le dommage résulte ou découle de la radioactivité du tritium ou s'il résulte des propriétés toxiques du béryllium.

421. L'inclusion ambivalente du risque non radioactif dans la définition. Parce qu'il ne serait qu'un « dommage classique », c'est-à-dire un dommage non radio-induit, la victime devrait ainsi prouver que le dommage causé par le béryllium résulte bien d'un *événement dû à la radioactivité* et non d'un événement de nature classique¹⁷⁰⁰. Dans cette hypothèse, les présomptions établies par les conventions pourraient ne pas suffire¹⁷⁰¹. Dans cette dernière hypothèse, le juge sera alors certainement appelé à interpréter les conventions. Il n'en reste pas moins que cette situation interroge, au fond, le but et l'objet de ces conventions. Suivant une interprétation strictement téléologique, rappelant celle de la théorie de la relativité aquilienne, le juge pourrait ainsi conclure que les dommages causés par le

¹⁶⁹⁸ Voy. en autres Cass. civ. 1, 22 mai 2008, n°06-10.967, *Bull. civ. I*, n° 149 ; Cass. civ. 1, 25 juin 2009, n° 08-12781, *Bull. civ. I*, n° 141 ou encore Cass. civ. 1, 24 septembre 2009, n° 08-16.097, *Bull. civ. I*, n°185. La Cour de justice de l'Union européenne est venue valider la position de la Cour de cassation, encourageant un recours aux présomptions de faits : CJUE, 21 juin 2017, *N. W e.a./Sanofi Pasteur MSD*, *op. cit.* À noter que cette position est également celle de la Cour européenne des droits de l'homme : voy. CEDH, *Vasile Gheorghe Tatar et Paul Tatar c. Roumanie*, 5 juillet 2007, req. n° 67021/01, et plus généralement sur cette question les articles cités *supra*, notamment C. RADÉ, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *op. cit.* et E. VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », *op. cit.*

¹⁶⁹⁹ Voy. EFDA, « Cadarache as a European Site for ITER – Report on the Technical and Socio-economic Aspect », 27 septembre 2001, pp. 74 ss.

¹⁷⁰⁰ Voy. *Textes explicatifs*, p. 7 ; *Exposé de motifs* (2020), p. 28, § 61.

¹⁷⁰¹ *Convention de Paris* (2004), art. 3.b. ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. IV.4 : « [L]orsque des dommages nucléaires sont causés conjointement par un accident nucléaire et un accident autre qu'un accident nucléaire, le dommage causé par ce second accident, dans la mesure où on ne peut le séparer avec certitude du dommage nucléaire causé par l'accident nucléaire, est considéré comme un dommage causé par l'accident nucléaire ». Il faudrait, en effet et a minima, un premier accident nucléaire.

béryllium ne constituent pas des *dommages nucléaires*, car il ne matérialise pas le risque caractérisant cette activité, à savoir le risque nucléaire.

Cela étant dit, il est probable que béryllium devienne radioactif par la réaction nucléaire opérée au sein du réacteur de fusion¹⁷⁰². Si tant est que le tritium soit considéré comme un combustible nucléaire¹⁷⁰³, le béryllium pourra être considéré comme un *produit ou déchet radioactif*¹⁷⁰⁴. Dès lors, le juge pourra bénéficier d'une seconde présomption pour qualifier de *dommage nucléaire* le dommage causé par le béryllium : celle en vertu de laquelle les dommages causés par un *produit ou déchet radioactif* peuvent aussi bien résulter « des propriétés radioactives des [produits ou déchets radioactifs] ou d'une combinaison de ces propriétés et des propriétés toxiques, explosives ou autres propriétés dangereuses de ces matières »¹⁷⁰⁵. Cette hypothèse interrogeant la question du risque caractérisant les activités de fusion, elle méritait d'être soulignée, ne serait-ce qu'un point de vue théorique. Elle participera, en effet, à justifier une partie du propos qui sera tenu dans le second temps de notre étude. Pour le reste, il s'agit désormais de s'intéresser à l'adéquation de la limitation dans le temps de la responsabilité de l'exploitant.

2. Une adéquation conditionnée de la limitation *ratione temporis*

422. Une réponse conditionnée à la question des montants de responsabilité. La question de l'adaptation de la limitation de la responsabilité (éventuelle) dans le temps est ici plus complexe. D'un côté, le faible risque radioactif du tritium pourrait limiter la probabilité de survenance de dommages différés. La réparation de ces dommages pourrait donc ne pas être affectée par la limitation *ratione temporis* de la responsabilité de l'exploitant nucléaire. D'un autre côté, le caractère radioactif du risque nucléaire de fusion et les incertitudes résiduelles concernant l'impact sanitaire ou même environnemental d'un accident de fusion pourraient justifier d'établir le délai le plus étendu possible¹⁷⁰⁶.

Cependant, il faut également rappeler que la limitation dans le temps de la responsabilité de l'exploitant nucléaire est le résultat d'un compromis entre les intérêts des victimes et les intérêts de l'exploitant nucléaire, et ce eu égard à l'obligation de garantie financière de l'exploitant nucléaire. Initialement, la nature aléatoire des dommages nucléaires devait permettre à l'assureur de connaître avec précision l'étendue de sa garantie dans le temps sans avoir à recourir au jeu complexe des clauses

¹⁷⁰² Voy. EFDA, "Cadarache as a European Site for ITER - Report on the Technical and Socio-economic Aspect", *op. cit.*, pp. 74 et ss. On ajoutera que le stockage des déchets radioactifs fait partie intégrante de l'exploitation d'une installation, et suivant le projet ITER, le béryllium radioactif devrait être stocké sur site. Il sera à ce titre couvert par le régime conventionnel, bien que présentant, a priori, une faible dangerosité radiologique.

¹⁷⁰³ Ce qui ne serait potentiellement pas le cas si on envisage, par exemple, l'intégration du risque nucléaire de fusion par la seule voie de l'interprétation de la *Convention de Paris* ou que l'on ne choisisse pas l'option visant à amender le terme réacteur : voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 1.

¹⁷⁰⁴ *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier 1.g.

¹⁷⁰⁵ *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.vii) ; *Convention de Vienne* (1963), art. I.1.k.i), *Convention de Vienne* (1997), art. I.1.k.

¹⁷⁰⁶ Il faut, en effet, prendre en considération le fait que certaines pollutions environnementales peuvent également être révélées tardivement. Bien que le risque de pollution environnementale du tritium soit relativement faible, il n'est pas exclu qu'un mélange de ce dernier avec d'autres composants puissent entraîner une pollution plus importante sur le long terme : voy. sur ce point *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

de « garantie subséquente »¹⁷⁰⁷. Corollaire de cette obligation de garantie, la limitation *ratione temporis* de la responsabilité de l'exploitant d'une installation de fusion dépend, pour partie, de la période pendant laquelle sa responsabilité pourra être assurée. Elle serait dès lors directement conditionnée par l'existence d'une garantie suffisante. Dit autrement, si le faible risque attribué à la fusion nucléaire doit influencer sur la limitation *ratione temporis* de la responsabilité de l'exploitant, c'est d'abord parce qu'elle aura influé sur son obligation de garantie et sur la disponibilité des montants affectés à la réparation des dommages susceptible d'en résulter. Soutenue lors des discussions au sein du Comité de droit nucléaire de l'Agence pour l'Énergie nucléaire, cette réserve est donc de nouveau imposée par la logique même du régime de responsabilité civile nucléaire¹⁷⁰⁸.

423. L'existence résiduelle d'une limitation de la responsabilité. En toute hypothèse, il conviendra néanmoins de souligner que l'écoulement du temps est un problème dans tout régime de responsabilité. En droit français également, la responsabilité de droit commun n'est pas totalement illimitée *ratione temporis*. En l'absence d'un régime spécial dérogeant aux règles de droit commun, l'exploitant d'une installation de fusion se verrait donc appliquer les règles résultant de la réforme de la prescription opérée en 2008. Or, cette dernière a introduit un nouveau « délai butoir » de vingt ans s'appliquant à tout dommage – sauf les dommages corporels. D'une compréhension délicate quant à son point de départ, elle pourrait s'apparenter à une limitation *ratione temporis* d'une responsabilité (éventuelle). Pour autant, il est des différences subtiles qui justifieront que son étude soit repoussée à des développements ultérieurs¹⁷⁰⁹.

424. Conclusion du § et de la Section. Le caractère diffus des dommages issus de l'exploitation de la fission nucléaire a justifié d'encadrer tant matériellement que temporellement la responsabilité de l'exploitant nucléaire. En dépit des faiblesses et du sentiment d'iniquité que peut susciter l'application stricte de certaines de ces limitations, ces dernières ont néanmoins constitué des solutions dont il conviendra de souligner la force de compromis entre l'intérêt croissant porté aux victimes et les contraintes propres à l'utilisation pacifique de l'atome. Surtout, l'élargissement des limites connues initialement à ces endroits montre une volonté des rédacteurs de les assouplir, bien qu'elles ne concernent que les États parties aux protocoles d'amendement, spécifiquement les États parties au Protocole de 1997. Pour cela, il s'est agi de réfléchir à l'adéquation de ces prescriptions conventionnelles avec l'exploitation de la fusion. Or sur ce point, il n'y a pas grand-chose à redire. Eu égard à la définition intrinsèque du dommage nucléaire, sauf à ce que la fusion révèle des nouveaux dommages, la définition paraît somme toute adéquate. Toute critique à cet endroit pourrait davantage concerner l'opportunité du maintien d'une telle limitation pour les dommages de fusion – surtout celle des textes non révisés. Concernant la limitation *ratione temporis*, il en va peu ou prou de même. D'un côté, le faible danger du tritium pourrait justifier qu'il ne soit ni instauré une limitation *ratione temporis* ni conclure, paradoxalement, à son inadaptabilité. D'un autre côté, l'incertitude subsistante

¹⁷⁰⁷ Voy. J. DEPRIMOZ, « L'assurance face aux risques technologiques majeurs » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 108 et supra § 1, B, 1, a.

¹⁷⁰⁸ AEN, « Responsabilité et garanties financières pour les risques liés aux installations de fusion nucléaire », op. cit.

¹⁷⁰⁹ Voy. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

quant à ses effets dommageables peut également commander que cette limitation soit maintenue. On ne peut toutefois anticiper toute réponse définitive sur ce point, en raison (de nouveau) de l'interdépendance des principes du régime de responsabilité civile nucléaire. En effet, ce n'est *a priori* que si la limitation du *quantum* de la responsabilité devait être rendue nécessaire que la liste des dommages réparables *ratione materiae* et *ratione temporis* pourrait se justifier.

Une fois n'est pas coutume, l'étude de l'adaptabilité du régime de responsabilité civile nucléaire à la fusion nucléaire a permis de mettre en exergue une difficulté saillante ; celle de la détermination du caractère « nucléaire » du dommage résultant de la réalisation du risque caractérisant les activités de fusion. Cette difficulté avait déjà été évoquée en filigrane lorsque nous avons formulé une réserve à l'égard de la suffisance d'une modification des conventions limitant la réparation des dommages résultant « d'une source de rayonnement ionisants ». La fusion nucléaire a en effet montré que le risque caractérisant cette activité pourrait ne pas seulement résider dans son caractère radiologique, mais également dans son recours à d'autres substances potentiellement aussi dangereuses. Or, bien que nous ayons relativisé la réalité de cette difficulté en pratique, il nous a paru important de la souligner, et ce pour deux raisons. D'une part, elle pourrait confirmer l'insuffisance de certains amendements ou de la solution interprétative évoquée au Titre Premier¹⁷¹⁰. D'autre part, et d'un point de vue théorique, elle permet de montrer les limites potentielles de l'application de ce régime à l'exploitation de la fusion, et par-delà les limites de la spécificité matérielle de ce régime. Le temps n'est cependant pas encore venu pour de telles réflexions. Pour l'heure, il convient de passer à l'étude de l'aspect le plus critique et pourtant le plus influent du régime de responsabilité civile nucléaire : celui relatif à la prise en charge financière des dommages nucléaires.

SECTION 2. L'ADAPTATION DE LA RESPONSABILITÉ À L'EXISTENCE DE DOMMAGES COÛTEUX

425. L'aspect décisif : le *quantum* de la responsabilité de l'exploitant. Visant à satisfaire deux intérêts contradictoires, c'est-à-dire la protection des victimes et le développement de l'énergie nucléaire, le régime de responsabilité civile nucléaire est apparu comme un régime de compromis. Le bénéfice qu'en tirent les victimes est, à tous les niveaux, contrebalancé par certaines limitations et restrictions. Si la question de l'étendue financière de la responsabilité de l'exploitant a tant point dans l'étude des principes jusqu'alors étudiés, c'est qu'elle porte en elle-même ces deux objectifs contradictoires. En effet, « spécificité la plus contestable »¹⁷¹¹ du régime de responsabilité civile nucléaire, la détermination d'un *quantum* affecté à la réparation des dommages nucléaire en constitue néanmoins l'un des points centraux et, partant, le facteur principal des incertitudes ayant affecté jusqu'alors notre étude¹⁷¹².

¹⁷¹⁰ Voy. *supra* sp. Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 1 et Chapitre 2, *in fine*.

¹⁷¹¹ M. RADETZKI, « Limitation de la responsabilité civile nucléaire : causes, conséquences, et perspectives », *BDN*, vol. 63, 1999/1, p. 11.

¹⁷¹² Une telle pratique n'est cependant pas exclusive du droit nucléaire et peut reposer sur des considérations d'ordre économique, juridique ou d'équité. Sur les dérogations au principe en droit français, dans les droits étrangers ou en droit international : C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, *op. cit.*, pp. 246 et ss ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, *op. cit.*, p. 53 et ss et P. PIERRE, F. LEDUC (dirs), *La réparation intégrale en Europe*, *op. cit.*, pp. 34 et ss.

426. Plan. Pour cela, après avoir étudié les dispositions conventionnelles relatives à l'étendue financière de la réparation des dommages nucléaires (§ 1), il s'agira, enfin, de s'intéresser à l'adaptabilité de ces dispositions à la réalisation du risque nucléaire de fusion (§ 2).

§ 1. L'influence du caractère coûteux des dommages nucléaires sur l'effectivité de la réparation

427. Les enjeux pratiques de limitation de la responsabilité. Si les rédacteurs des conventions ont fait le choix de limiter la responsabilité de l'exploitant nucléaire, c'est qu'une responsabilité *même sans faute*, exclusive et illimitée de l'exploitant nucléaire se serait avérée bien trop rigoureuse dans le cadre d'un accident nucléaire¹⁷¹³. Elle aurait fait peser sur celui-ci une charge à laquelle l'industrie nucléaire privée ne pouvait pas être exposée au risque d'une faillite inévitable¹⁷¹⁴. Surtout, elle aurait rendu cette responsabilité inassurable. C'est ainsi avec cet objectif concomitant de ne pas laisser les victimes face à une responsabilité illimitée quelque peu fictive, que les rédacteurs des conventions sont venus limiter globalement, et non par victime, cette responsabilité. Mais ce choix doit incidemment influencer sur l'étendue de la réparation accordée individuellement à chacune. Pour cela, il conviendra avant d'entrer dans l'étude de ces modalités, de rétablir l'exactitude de cette assertion.

428. Les enjeux théoriques de la limitation de responsabilité. Nombreux sont ceux qui, traitant de cette question, ne distinguent pas toujours la limitation de la réparation et la limitation de la responsabilité. Face à ce constat, un auteur a souligné l'importance de cette distinction considérant que les termes ne pouvaient être entendus de manière alternative. Il précisait que « pour en être convaincu », il suffisait de rappeler que

« la limitation édictée par le droit nucléaire ne signifie pas une limitation — proprement dite de la responsabilité de l'exploitant, mais plus exactement de la réparation ayant trait à certains accidents nucléaires visés par lui. Ladite limitation n'est donc pas élimination étant donné qu'elle n'exclut pas sa responsabilité en vertu des règles de droit commun, ni non plus pour d'autres accidents nucléaires non régis par la convention applicable. Les responsabilités de l'exploitant de ces mêmes activités nucléaires pourront être cumulatives, d'après des régimes juridiques différents. Or, s'il s'agissait d'une véritable limitation de sa responsabilité, celui-ci ne serait pas tenu pour responsable des accidents causés par ces activités ».

Il concluait ainsi « [qu']employer le terme limitation de la responsabilité au lieu de celui de limitation de la réparation constitu[ait] une *erreur inadmissible* »¹⁷¹⁵. Qu'il nous soit cependant permis de la commettre.

Il faut comprendre que la responsabilité de l'exploitant envisagée par notre présent propos concerne sa seule responsabilité envers les tiers du fait d'un accident nucléaire. Lorsqu'il est évoqué la responsabilité de l'exploitant, il devrait toujours être sous-entendu la responsabilité du *fait*

¹⁷¹³ Dans le droit commun de la responsabilité, la nécessité de faute limite *de facto* la responsabilité : voy. R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 516 pour qui la limitation présentement envisagée visait « à équilibrer les avantages faits aux victimes, qui n'auront sans doute rien d'autre à prouver que l'origine atomique de leurs malheurs ».

¹⁷¹⁴ Dans les années 60, le traitement de faveur accordé aux exploitants d'installations nucléaires était une mesure incitative pour encourager les entreprises privées à s'engager dans un secteur d'activité dont les risques étaient à l'époque difficiles à mesurer. En privilégiant les exploitants nucléaires, la communauté internationale cherchait à stimuler l'investissement privé dans un domaine qui, jusque-là, relevait du monopole public et ne s'ouvrait que très progressivement aux acteurs privés : voy. Harvard Law School/Atomic Industrial Forum (dir.), *International Problems of Financial Protection Against Nuclear Risk*, *op. cit.*, p. 45: "[i]t is widely recognized that if private industry is to participate in nuclear development, the aggregate amount for which any operator or supplier may be held liable for nuclear damage must be limited".

¹⁷¹⁵ Z. EL SHAARAOUL, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 360-361. Nous soulignons.

d'un accident nucléaire. Règle de responsabilité, le régime conventionnel fonde donc la responsabilité de l'exploitant lorsque survient un accident nucléaire, c'est-à-dire un événement causant des *dommages nucléaires*. Il est un droit spécial et même « orphelin »¹⁷¹⁶ dont l'application est prioritaire et exclusive du droit commun tant que l'on se situe dans les limites du champ d'application du régime conventionnel – ou de la loi en faisant application. Cela signifie que si la règle de responsabilité est applicable à une situation donnée, mais que les diverses limites la composant sont dépassées, la responsabilité de l'exploitant ne pourra plus être recherchée. Par application de la règle de responsabilité, l'exploitant ne sera plus responsable. Théoriquement, il s'agit donc bien selon nous d'une limitation de sa responsabilité *du fait d'un accident nucléaire* dans son *quantum*. Le principe devrait également être valable pour ce qui concerne la limitation *ratione temporis* et *ratione materiae* de la responsabilité, n'en déplaise au juge français¹⁷¹⁷. Enfin, les victimes ne devraient pas avoir la possibilité de cumuler l'application de cette règle de responsabilité avec une autre. Admettre toutes ces solutions reviendrait à rendre totalement inutile le plafonnement prévu dans le cadre du régime spécial et irait à l'encontre de la volonté des rédacteurs l'ayant institué.

Mais qui dit limitation de responsabilité, dit effectivement limitation de réparation, les deux notions étant fortement dépendantes l'une de l'autre. Éventuellement, cette limitation doit emporter des effets sur le principe de la réparation intégrale. Mais il nous sera néanmoins permis de souligner que les modalités par lesquelles la réparation s'opère ici ne permettent pas théoriquement d'opposer les deux notions, sauf à entendre la réparation intégrale comme répondant à un objectif global, c'est-à-dire comme une exigence d'équivalence entre l'ensemble des dommages subis par toutes les victimes de l'accident nucléaire et la réparation globalement accordée¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁶ Nous empruntons l'expression de « régime orphelin » à M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, op. cit., p. 581 soulignant que la montée en puissance des régimes particuliers de responsabilités avait créé des « régimes orphelins » dans ce sens qu'ils n'entretenaient pas de rapport de spécialité avec le droit commun, comme on le verra *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

¹⁷¹⁷ En principe, la règle est applicable dès que l'on se situe dans son champ d'application : un dommage nucléaire causés par un *accident nucléaire* survenu dans une *installation nucléaire* ou mettant en jeu des *substances nucléaires*. Jouant certainement de cela, c'est ainsi que dans l'affaire déjà citée *Domaine du Diamant noir* (TGI Paris, 6e ch. 1re sect., 15 mai 2012, n° 09/07424 ; CA Paris, 22 novembre 2013, n°12/09492) le juge avait autorisé la recherche de responsabilité de l'exploitant sur le fondement du droit commun en raison du fait que le dommage dont la victime demandait réparation n'était pas un « dommage nucléaire ». Bien que n'ayant pas abouti à raison d'un défaut de causalité, cette décision invite à revoir la distinction entre les conditions de réalisation et d'application d'une règle de responsabilité car elle est très critiquable, en raison de sa propension à mettre en péril la réparation des « vraies » victimes. Cela est donc un point sur lequel on reviendra *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section

¹⁷¹⁸ Nous avons déjà évoqué *supra* l'idée selon laquelle, hormis l'injonction débattue selon lequel le principe de réparation intégrale suppose la réparation de tous les dommages [préjudices subis], le principe de réparation intégrale oblige la réception par la victime d'une indemnité lui permettant de vivre dans les mêmes conditions que si le dommage n'avait pas eu lieu, sans perte ni profit : *tout le préjudice, rien que le préjudice*. Aussi, il est souvent assimilé la limitation de la responsabilité comme portant atteinte au principe de réparation intégrale : voy. pour exemple G. VINEY, *Introduction au droit de la responsabilité*, op. cit., p. 166 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 346 et ss ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommage de masse et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 125 et ss ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., p. 53. Nous émettrons quelques doutes sur cette vision des choses, compte tenu du fait que la limitation de la responsabilité n'est ici en principe pas prévue individuellement, c'est-à-dire pour chaque victime. En réalité, que la responsabilité de l'exploitant soit limitée ne fait pas obstacle à ce que certains dommages puissent être intégralement réparés individuellement. Tout dépend du choix opéré dans la répartition de la somme qui sera rendu disponible. En droit français, par exemple, il n'est pas strictement prévu d'exception à ce principe. Seulement, si les sommes allouées devaient être insuffisantes, les dommages corporels devraient être réparés sur le modèle forfaitaire des accidents du travail et la réparation des autres dommages feraient l'objet d'une répartition proportionnelle : voy. *Code de l'environnement*, art. L597-14. Aussi, s'il est certain que le principe de réparation intégrale suppose une responsabilité illimitée, il est théoriquement malaisié de les confondre à notre sens sauf à entendre le principe de réparation intégrale comme englobant *une équivalence entre l'ensemble des dommages subis par toutes les victimes et la réparation globalement accordée*. La seule véritable exception au principe de réparation intégrale nous paraît ainsi être celle posée la Convention de Paris, limitant la réparation accordée au transporteur de matière nucléaire, de manière à préserver celle des tierces victimes : Convention de Paris (2004), art. 7.c.

Ceci étant admis, la pratique a participé à perturber la compréhension de cette donnée théorique. La rigueur de la limitation du *quantum* de la responsabilité a en effet motivé les rédacteurs des conventions à organiser une intervention financière des États au soutien de l'exploitant, tantôt en dedans de la limitation du *quantum* de sa responsabilité, tantôt au-delà du *quantum* sa responsabilité, mais cela sans que les règles des procédures et la limitation *ratione temporis* et *ratione materiae* s'en trouvent affectées. Participant ainsi à brouiller les frontières entre l'étendue de la responsabilité et de la réparation, la transformant partiellement en une indemnisation¹⁷¹⁹, la mécanique de ce système à double détente, voire à triple détente, commandera la structure du propos.

429. Plan. En effet, il s'agira, dans un premier temps, d'envisager les modalités propres à la limitation de la responsabilité de l'exploitant (A.). Ensuite, il s'agira d'étudier les modalités par lesquelles s'opère l'intervention de l'État hôte et son influence sur la détermination de la base de réparation (B.). Enfin, il conviendra d'envisager les modalités par lesquelles ces derniers sont venus, par le biais d'instruments annexes aux conventions *princeps*, organiser des mécanismes de réparation complémentaire (C.).

A. La limitation du *quantum* de la responsabilité

430. Une exigence de l'assurance. Que la limitation du *quantum* de la responsabilité de l'exploitant soit apparue comme une spécificité critiquable du régime de responsabilité civile nucléaire ne doit pas dissimuler l'une de ses premières justifications : celle de rendre possible l'obligation de garantir financièrement ladite responsabilité. Pour cela, ce principe de garantie financière est apparu à « double tranchant »¹⁷²⁰. S'il doit effectivement sécuriser la réparation des victimes, le montant de la couverture financière disponible sur le marché de l'assurance a surtout participé à la détermination¹⁷²¹ de ce « patrimoine nucléaire »¹⁷²².

431. Plan. À dessein, il s'agira donc de revenir sur les modalités de cette limitation (1.) avant de s'intéresser à la cause de son principe qui en constitue réciproquement le corollaire : celui d'être assuré, en tout état de cause, de pouvoir compter sur l'intégralité du montant limité, affecté à la réparation (2.).

1. Le principe : un « patrimoine nucléaire » par accident

432. Les enjeux de la détermination de la limitation. Dans l'adoption de son principe, la limitation de la responsabilité de l'exploitant dans son *quantum* ne devait pas donner lieu à de grandes difficultés. Consacré par « nécessité » plus que par « choix doctrinal »¹⁷²³, il était la seule conséquence

¹⁷¹⁹ Nous entendons l'indemnisation comme l'allocation de dommages et intérêts « en dehors » du mécanisme de la responsabilité, c'est-à-dire par une personne n'apparaissant ni comme le responsable désigné ni comme l'un de ses garants. Sur l'existence de distinction entre réparation et indemnisation : voy. spécialement *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2.

¹⁷²⁰ L. JAEGER, « L'assurabilité de l'industrie nucléaire » in J.-M. PONTIER, E. ROUX ET L. JAEGER (dirs), *Droit nucléaire – L'industrie nucléaire*, *op. cit.*, p. 219.

¹⁷²¹ Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 366

¹⁷²² Il ne faut pas oublier, en effet, que les assureurs ont participé aux négociations des conventions : voy. S. REITSMA ; M. TETLEY, « L'assurance des risques nucléaires » in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, *op. cit.*, p. 426

¹⁷²³ P. STROHL, « Bilan de recherche », *op. cit.*, p. 142 et dans le même sens C.W. JENKS, « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law », *op. cit.*, p. 184.

possible des limites prétendues de la capacité assurantielle. Si l'objectif poursuivi par les rédacteurs des conventions était donc de limiter le patrimoine nucléaire affecté à la réparation, la doctrine a néanmoins été partagée sur le critère de cette limitation. Une fois écarté le principe d'une limitation par victime, la question devait en effet se poser de savoir si cette limitation allait s'opérer par installation ou par accident.

433. Plan. Enjeu central de l'économie du projet¹⁷²⁴, le critère de cette limitation (a) devait donc précéder la détermination de son étendue (b.).

a. *Le critère de l'affectation du patrimoine nucléaire*

434. Le rejet d'une limitation par installation. Alors que le montant de la responsabilité de l'exploitant devait être fixé de telle sorte à trouver des assureurs pour en couvrir la dette, ces derniers ont particulièrement soutenu l'idée d'une limitation de la responsabilité de l'exploitant nucléaire par installation. Leurs arguments étaient au nombre de trois. Le premier était fondé sur l'imprécision de la notion d'accident ou, du moins, sur l'imprécision des circonstances dans lesquelles un accident nucléaire se serait produit¹⁷²⁵. Pour les partisans de cette théorie, hormis le cas d'accident de grande ampleur, il aurait été extrêmement difficile de déterminer avec certitude les faits constitutifs de certains événements et leur date exacte¹⁷²⁶. Le deuxième argument des défenseurs de la théorie se fondait sur la capacité du marché de l'assurance. En effet, quoiqu'ils soient exclus du régime conventionnel, l'assurance des risques nucléaires couvre bien souvent les dommages matériels subis par les exploitants eux-mêmes¹⁷²⁷. Or, nous le verrons *infra*, pour faire face au risque nucléaire, les assureurs ont dû s'organiser dans des *pools* nationaux ou internationaux¹⁷²⁸. Dans ces conditions, il paraissait alors primordial que chacun puisse connaître d'une façon précise ses engagements sur une installation déterminée, et ce compte tenu de la possibilité qu'un accident puisse occasionner des dommages à plusieurs installations en même temps¹⁷²⁹. Enfin, la limitation de la responsabilité de l'exploitant aurait été plus favorable aux victimes comme à l'exploitant. Si la limitation était retenue par accident, elle aurait rencontré la difficulté qu'il est impossible de prévoir le nombre d'accidents contingents sur une installation déterminée. Le caractère différé de certains dommages nucléaires aurait ainsi exposé l'exploitant des demandes de plus en plus importantes, voire concomitantes, en cas de pluralité d'accidents nucléaires. Confronté à un risque financier considérable, les victimes auraient alors trouvé un exploitant, certes responsable, mais inassurable et insolvable¹⁷³⁰. En dépit de

¹⁷²⁴ Voy. M. PICARD, « La limitation de la responsabilité des dommages causés par l'énergie nucléaire », *op. cit.*, p. 413.

¹⁷²⁵ Voy. M-C. CAMIER, *Responsabilité et assurance du risque atomique dans les droits européens*, *op. cit.*, p. 93 et ss ; J-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, p. 172.

¹⁷²⁶ Voy. M. PICARD, « La limitation de la responsabilité des dommages causés par l'énergie nucléaire », *op. cit.*, p. 414. Nous l'avons d'ailleurs déjà incidemment évoqué à propos de la limitation *ratione temporis* de l'exploitant, une émission quotidienne de rayonnements ionisants pendant une certaine période aurait nécessairement posé le doute quant à l'existence d'un accident unique ou d'une série d'accidents, de sorte que le plafond de limitation aurait pu jouer pour chacun d'eux.

¹⁷²⁷ Quoique ceux-ci soient, rappelons-le, exclus du régime conventionnel.

¹⁷²⁸ Voy. *infra* 2, a.

¹⁷²⁹ Voy. M. PICARD, « La limitation de la responsabilité des dommages causés par l'énergie nucléaire », *op. cit.*, p. 414. Voy. également J.P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, pp. 172-173 ; R. MONACO, « Les assurances en droit international », *RCADI*, vol. 101, 1960, p. 432 ; W-E. BELSER, « Examen des solutions apportées par les lois nationales et les conventions internationales sur la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire » in *Droit nucléaire européen*, *op. cit.*, pp. 77 et ss.

¹⁷³⁰ Voy. Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire : étude comparative*, *op. cit.*, p. 356 ; J. BARRY, *L'énergie nucléaire face au droit*, *op. cit.*, p. 210 ; J-P PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, p. 173.

la pertinence des deux premiers arguments, le dernier a suscité l'objection. La primauté accordée à la protection des victimes d'accident nucléaire a donc constitué le *leitmotiv* des défenseurs de la limitation par accident, si bien que les rédacteurs des conventions n'ont pas cru pouvoir accepter la limitation de la responsabilité par installation¹⁷³¹.

435. Le choix d'une limitation par accident. À la différence de la théorie précédente, la limitation par accident nucléaire se voulait être le choix le plus protecteur tant pour les victimes d'accident nucléaire que pour l'industrie en tant que telle. Pour les partisans de la théorie, il était impossible d'arriver à cet objectif en établissant une limitation par installation. Pour répondre au dernier argument susévoqué, ces derniers faisaient ainsi valoir que la production d'une série d'accidents sur une même installation aurait suffi à rendre insuffisantes toute couverture financière des dommages contingents. Ils réfutaient, du même coup, l'argument de leurs contradicteurs, selon lequel la notion d'accident nucléaire constituait une notion trop ambiguë¹⁷³². En effet, la définition de *l'installation nucléaire* était elle-même vague et ambiguë en raison de la possibilité laissée aux Etats de « considér[er] comme une seule installation nucléaire, plusieurs installations ayant le même exploitant et se trouvant sur le même site, ainsi que toute installation sur ce site où sont détenues des matières radioactives »¹⁷³³.

Quoique d'aucuns aient tenté de parvenir à un compromis entre ces deux théories¹⁷³⁴, le caractère prévisible de la limitation par accident – les victimes pouvant connaître avec précision le montant disponible à la réparation de leurs dommages – a fait pencher la balance en faveur de cette seconde théorie. Les deux conventions ont donc consacré le principe de la limitation par accident nucléaire¹⁷³⁵. Ici se situe néanmoins la limite de l'identité entre le texte de l'OCDE et celui de l'AIEA. En effet, si leurs rédacteurs respectifs ont procédé au même choix concernant le critère de la limitation, les critères de la fixation des montants ont par suite différé.

b. Les critères de circonscription du patrimoine nucléaire

436. Plan. La Convention de Paris et la Convention de Vienne ont consacré le principe de la limitation par accident du *quantum* de la responsabilité de l'exploitant, mais selon des modalités différentes. Alors que le texte de la Convention de Paris prévoyait initialement un montant maximal de réparation (i.), le texte de la Convention de Vienne prévoit un montant minimal (ii.).

¹⁷³¹ On notera cependant que le Royaume-Uni, la Suisse et le Japon ont opté pendant un certain temps pour une limitation par installation, et ce à l'inverse de l'*Atomgesetz* allemand et du *Price Anderson Act* états-unien qui avait déjà prévu une limitation par accident : voy. J.-P. PIÉCARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, op. cit., pp. 171, 200 ; J.-N. DEVRIENT, *La responsabilité civile et l'assurance à raison du risque nucléaire*, op. cit., p. 37 ; T. MELESCANU, *La responsabilité pour les dommages nucléaires*, op. cit., p. 60.

¹⁷³² M. PICARD, « La limitation de la responsabilité des dommages causés par l'énergie nucléaire », op. cit., p. 415 ; Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire : étude comparative*, op. cit., pp. 357, 363-364.

¹⁷³³ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.ii ; *Convention de Vienne* (1997), art. I.1.j.

¹⁷³⁴ Pour exemple, le projet de convention proposé en 1955 par le Comité européen des assurances, inspirée du projet de loi suisse, maintenait le principe d'une limitation par installation, mais imposait à l'exploitant une reconstitution de sa garantie dès lors qu'elle était absorbée à concurrence de 30 % : voy. M. PICARD, « La limitation de la responsabilité des dommages causés par l'énergie nucléaire », op. cit., p. 416 ; T. MELESCANU, *La responsabilité pour les dommages nucléaires*, op. cit., p. 147, note 86.

¹⁷³⁵ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 7 ; *Convention de Vienne* (1997), art. V. Cela étant, aucune disposition des conventions n'empêche l'exploitant d'obtenir à la place une garantie par installation pour une période déterminée. Toutefois, si en pareil hypothèse le montant disponible est réduit, voire épuisé, à la suite d'un premier accident, il faut prendre des mesures appropriées pour relever le niveau de la garantie financière jusqu'à concurrence du montant requis pour les accidents ultérieurs : voy. *Textes explicatifs*, p. 14 ; *Exposé des motifs* (2004), p. 37, § 82.

i. La convention de Paris : un plafond de réparation

437. La fixation d'un plafond flexible. La Convention de Paris de 1982 plafonnait expressément la responsabilité de l'exploitant nucléaire. Aux termes de l'ancien article 7 du texte, le total des indemnités payables pour un dommage causé par un accident nucléaire ne pouvait dépasser le maximum de la responsabilité, fixé conformément au présent article, c'est-à-dire fixé à 15 millions droits de tirage spéciaux (DTS) – soit aujourd'hui environ 18 millions d'euros¹⁷³⁶. Cette somme ainsi fixée était néanmoins susceptible de faire l'objet de modification dans les législations nationales. L'État sur le territoire duquel se trouve l'installation pouvait prévoir un montant supérieur. Il pouvait également prévoir un montant inférieur compte tenu de l'impossibilité pour l'exploitant nucléaire d'obtenir une garantie financière à concurrence du montant requis ou du risque réduit de certaines installations. La seule condition était alors que ce nouveau montant se trouve dans la « fourchette » de la Convention, c'est-à-dire qu'il ne soit pas inférieur à 5 millions DTS¹⁷³⁷.

Cette possibilité avait d'ailleurs suscité de vives critiques lors de l'adoption du Protocole de 1982. Il était effectivement paru difficile de justifier l'impossibilité d'obtenir une garantie financière alors que le montant de 15 millions DTS était déjà modique¹⁷³⁸ et que l'évolution du marché de l'assurance tendait vers une normalisation de la première possibilité (c'est-à-dire l'instauration d'un montant supérieur). Dans le but « d'harmoniser les niveaux de responsabilités fixés par les législations nationales à un niveau correspondant à l'évolution de la capacité du marché de l'assurance », le Comité de Direction pour l'énergie nucléaire a donc encouragé les États parties à « fixer dans la mesure du possible », un montant maximum de responsabilité « qui ne soit pas *inférieur* à 150 millions DTS »¹⁷³⁹. Plusieurs États parties à la Convention de Paris n'ont pas appliqué pleinement cette recommandation « plancher ». En France, il aura fallu attendre une loi de 2006 pour que le plafond de 91,5 millions d'euros (76 millions DTS) soit étendu à 700 millions d'euros (environ 580 millions DTS)¹⁷⁴⁰. Cette modification était cependant motivée par l'adoption du Protocole de 2004.

438. La fixation d'un plancher révisé. Une amélioration incontestable de la révision de 2004 a en effet résidé dans l'augmentation des montants de responsabilité, un changement d'unité de compte¹⁷⁴¹, et une modification dans l'appréhension de cette limite. Pour ouvrir la voie à une responsabilité illimitée

¹⁷³⁶ *Convention de Paris* (1982), art. 7.b. L'unité de "Droits de tirage spéciaux" autrement appelé DTS est une unité de compte créée par le FMI, utilisée par lui et établie sur la base d'un panier des cinq principales monnaies du commerce mondial. Réévalué tous les cinq ans, il prend en compte les devises suivantes : le dollar américain, l'euro, la livre sterling, le yen et le yuan. Cette unité de compte a été introduite par l'amendement de 1982 en remplacement de l'unité de compte de l'Accord monétaire européen : voy. Conseil de l'OCDE, « Recommandation du 16 novembre 1982 [C(82)181] » in OCDE/AEN, *Convention de Paris – Décisions, Recommandations, Interprétations, op. cit.*, p. 5.

¹⁷³⁷ *Convention de Paris* (1982), art. 7.b ; *Exposé des motifs* (1982), p. 10, § 43.

¹⁷³⁸ Il fallait effectivement prendre en compte les fluctuations monétaires de l'époque. Le DTS étant une unité de compte basée sur un panier de monnaies nationales dans le monde entier, les fluctuations dans la valeur du DTS (donc le Yen et le dollar représente 50 % du panier) étaient donc fréquentes.

¹⁷³⁹ Comité de Direction, « Recommandation du 20 avril 1990 [NE/M(90)1] » in OCDE/AEN, *Convention de Paris – Décisions, Recommandations, Interprétations, op. cit.*, p. 13.

¹⁷⁴⁰ *Voy. Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité nucléaire*, JORF n°136, 14 juin 2006, texte n°2, art. 55.

¹⁷⁴¹ Comme indiqué note ci-dessus, les fluctuations dans la valeur du DTS (dont le yen et le dollar représente 50 % du panier) pouvait affecter de façon significative le niveau des montants exprimés en monnaies nationales des Parties Contractantes lors de l'allocation de la réparation en vertu de la Convention. Les fluctuations dans la valeur de l'euro n'ayant pas un tel effet (une part importante des États de la Convention de Paris utilisent cette monnaie), le changement d'unité de compte devait permettre une mobilisation plus aisée des capacités d'assurance et une meilleure transparence pour les citoyens : voy. *Acte final de la Conférence sur la révision de la Convention de Paris, op. cit.*, p. 80, § 24 ; R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », *op. cit.*, p. 254

et confirmer le choix de ceux l'ayant déjà consacrée¹⁷⁴², le texte instaure un montant « plancher » de 700 millions d'euros correspondant peu ou prou à la disponibilité assurantielle¹⁷⁴³. Certes, ce montant est toujours susceptible d'être réduit. D'abord, il peut être réduit à l'égard des victimes d'un État non-contractant n'accordant pas des avantages réciproques d'un montant équivalent¹⁷⁴⁴. Ensuite, il peut être réduit en raison de la nouvelle clause d'augmentation progressive dite « clause *phasing-in* »¹⁷⁴⁵. Destinée à accélérer le processus d'adhésion, la Convention de 2004 prévoit en effet que les nouveaux États adhérant à la Convention pourront limiter, pendant une période de cinq ans, la responsabilité de l'exploitant un montant non inférieur à 450 millions d'euros¹⁷⁴⁶. Enfin, et surtout, ce montant peut être fixé à une hauteur allant de 70 et 80 millions d'euros pour les accidents respectivement survenus dans les installations à faible risque ou au cours du transport de substance nucléaire. Le cas échéant, l'État devrait assumer le coût de la différence¹⁷⁴⁷. Peu évidente à la lecture du texte conventionnel, cette obligation, déduite des instruments annexes, n'est cependant pas surprenante¹⁷⁴⁸. À bien des égards, l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire est source de confusions¹⁷⁴⁹. Il en va de même dans le cadre de la Convention de Vienne dont le Protocole de 2004 a emboîté le pas, procédant par là des mêmes justifications.

ii. La convention de Vienne : un plancher de réparation

439. Un montant plancher ouvrant la voie à une responsabilité illimitée. La question de la limitation du *quantum* de la responsabilité de l'exploitant a longtemps constitué la différence la plus significative entre la Convention de Paris et la Convention de Vienne. À la différence de la Convention de Paris, le texte de 1963 prévoyait (et prévoit encore) que l'État sur le territoire duquel se trouvait l'installation pouvait « limiter la responsabilité de l'exploitant à un montant qui ne sera pas inférieur à 5 millions de dollars par accident nucléaire »¹⁷⁵⁰. Calculé en valeur or à la date du 23 avril 1963¹⁷⁵¹, ce montant équivaldrait aujourd'hui à environ 43 millions de dollars¹⁷⁵². En instaurant un *quantum* minimum de responsabilité, la Convention permettait ainsi aux États de fixer leur propre montant maximum. Surtout, elle les autoriser à envisager une responsabilité illimitée. La limitation n'apparaissait finalement que facultative¹⁷⁵³. Peu d'États ayant opté pour cette dernière possibilité, l'objectif premier de la révision de 1997 était alors assurément d'augmenter le niveau minimum de la responsabilité.

¹⁷⁴² Voy. *Acte final de la Conférence sur la révision de la Convention de Paris*, *op. cit.*, p. 80, § 23. Tel était déjà le cas de l'Allemagne qui avait instauré ce principe dès 1985.

¹⁷⁴³ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 7a ; *Acte final de la Conférence sur la révision de la Convention de Paris*, *op. cit.*, p. 80, § 25.

¹⁷⁴⁴ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 7.g. et *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, A.

¹⁷⁴⁵ R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris », *op. cit.*, p. 256.

¹⁷⁴⁶ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 21.c ; *Exposé des motifs* (2004), p. 30, § 66.

¹⁷⁴⁷ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 7.b.

¹⁷⁴⁸ Cette obligation est découverte dans l'article 10.c du texte tel que lu à la lumière de l'Exposé des motifs et l'Acte final de la Conférence de 2004 : voy. *Convention de Paris* (2004), art. 10.c ; *Exposé des motifs* (2004), p. 31, § 69 ; *Acte final de la Conférence sur la révision de la Convention de Paris*, *op. cit.*, p. 80, § 26.

¹⁷⁴⁹ Cela ressortira des propos qui suivront.

¹⁷⁵⁰ *Convention de Vienne* (1963), art. V.1.

¹⁷⁵¹ Voy. *Convention de Vienne* (1963), art. V.3.

¹⁷⁵² 1 dollar en 1963 équivalait à environ 8,57 dollars en août 2021.

¹⁷⁵³ *Textes explicatifs*, p. 13.

440. Une augmentation temporisée du montant plancher. Les suites de l'accident de Tchernobyl ont clairement montré que les dommages causés par un accident nucléaire pouvaient être d'une ampleur considérable. Alors que le montant minimum fixé par le texte de 1963 paraissait déjà trop faible, les modifications apportées au champ d'application *ratione loci*, *ratione temporis* et *ratione materiae* de la responsabilité de l'exploitant ont constitué tout autant de facteurs de nature à renforcer l'exigence de fixer des montants plus élevés¹⁷⁵⁴. Le Protocole de 1997 est donc venu relever de façon significative le plancher préalablement fixé en l'élevant à 300 millions DTS (environ 360 millions d'euros) en ne tenant que partiellement compte de la capacité assurantielle¹⁷⁵⁵. À l'instar de la Convention de Paris, qui s'en est d'ailleurs inspirée, le Protocole a également introduit des dispositions *phasing-in* permettant aux législateurs nationaux de limiter la responsabilité de l'exploitant à un montant minimal de 100 millions DTS jusqu'au 4 octobre 2018¹⁷⁵⁶. Aucun État n'a usé de cette possibilité par crainte qu'il en résulte un morcellement conventionnel des limites de réparation. Cela étant, même sans tenir compte de cette possibilité, les limites de réparation peuvent encore être très différentes d'un État à l'autre.

Elles peuvent d'abord différer entre les parties contractantes à la Convention de Vienne non amendée et celles qui ont adhéré au protocole d'amendement. Ensuite, la Convention ne fixant qu'un montant plancher, les États demeurent libres de fixer le quantum de la responsabilité à la hauteur de leur choix, voire d'opter pour une responsabilité illimitée. Enfin, et surtout, prenant cette fois-ci exemple sur la Convention de Paris de 1982, le Protocole de 1997 est venu introduire des possibilités de réduction de montant. Il est ainsi permis aux États de fixer un montant plus faible — quoique non inférieur à 5 millions DTS — compte tenu de la nature du risque présenté par l'installation ou les substances en cause. Le cas échéant, et si nécessaire, l'État hôte de l'installation doit néanmoins allouer des fonds publics jusqu'à hauteur du plancher initial¹⁷⁵⁷. De surcroît, et en toute hypothèse, l'État sur le territoire duquel se trouve l'installation est autorisé à réduire le montant de responsabilité jusqu'à un minimal de 150 millions DTS à la condition qu'il puisse également allouer des fonds publics jusqu'à concurrence d'au moins 300 millions DTS¹⁷⁵⁸. Derechef, cette intervention de l'État dans la réparation des dommages nucléaires questionne donc sur sa nature. En effet, alors que les présents développements ne servaient qu'à faire état des limites posées, dont le lecteur retrouvera un exposé synthétique ci-dessous, les développements qui suivront pourront encore témoigner du caractère protéiforme de l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire. En premier lieu, ils seront relatifs à la cause directe de la limitation du *quantum* de la responsabilité de l'exploitant : l'obligation pour ce dernier de disposer d'une garantie financière couvrant sa responsabilité.

¹⁷⁵⁴ Voy. F. SURANSKY, "Increased Liability Amount under the 1997 Vienna Protocol and elsewhere" in OCDE/AEN, *Reform of Civil Nuclear Liability, Budapest Symposium 1999*, op. cit., pp. 118 et ss.

¹⁷⁵⁵ La détermination de cette somme n'a pas exclusivement reposé sur la capacité assurantielle. Elle devait en sus apparaître comme proportionnée au risque : voy. *Textes explicatifs*, p. 48 ; NL/2/4, p. 4.

¹⁷⁵⁶ *Convention de Vienne* (1997), art. Premier 1.p et art. V.1.c. ; *Textes explicatifs*, p. 48. Cette période était de quinze ans à compter de l'entrée en vigueur du Protocole et le Protocole est entrée en vigueur le 4 mars 2003.

¹⁷⁵⁷ Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. V.2. et art. V.3.

¹⁷⁵⁸ Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. V.1.b.

2. Le corollaire : un patrimoine nucléaire garanti

441. Une limitation impliquant une obligation réciproque. Parce que le régime de responsabilité civile nucléaire s'est construit autour d'un double objectif, celui de protéger l'industrie nucléaire, mais également protéger au mieux les victimes d'un accident nucléaire, la limitation dans son *quantum* de la responsabilité devait donc connaître une contrepartie : l'obligation pour les exploitants d'assurer aux victimes la disponibilité de ce « patrimoine nucléaire ». « Élément essentiel »¹⁷⁵⁹ du régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire, on devine désormais sans peine que c'est à cette obligation que sont imputables de nombreux aspects sus-étudiés du droit de la responsabilité civile nucléaire. Si la garantie financière constitue effectivement le corollaire de la limitation du *quantum* de la réparation, le second est également apparu comme une conséquence du premier puisqu'il a autorisé le risque nucléaire à sortir « de la sphère de l'inassurable »¹⁷⁶⁰. En effet, bien que les prescriptions des conventions n'aient jamais imposé à l'exploitant la forme que devait prendre cette garantie financière, et qu'elles aient ainsi laissé aux autorités administratives compétentes le soin d'en agréer la forme, voire l'étendue, il est rapidement apparu que cette couverture constituait une « fonction naturelle de l'assurance »¹⁷⁶¹. La rédaction même des textes a pu en témoigner considérant l'obligation pour l'exploitant de « une assurance ou toute autre garantie financière »¹⁷⁶².

442. Plan. Par conséquent, notre attention se portera d'abord sur ce mécanisme et, plus exactement, sur les modalités par lesquelles il a été en mesure de réceptionner le risque nucléaire (a.). Ce n'est qu'ensuite qu'il conviendra d'envisager la portée des dispositions conventionnelles, et les affermisses et tempéraments que leurs révisions ont pu apporter en attribuant par conséquent un rôle non négligeable à l'État « hôte » de l'installation¹⁷⁶³ (b.).

a. Une fonction naturelle de l'assurance

443. La définition de l'assurance de responsabilité. Traditionnellement, l'assurance est définie comme

« [l']opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime pour lui ou pour un autre tiers, en cas de réalisation d'un risque (le sinistre), une prestation par une autre partie, l'assureur, qui, prenant en charge un ensemble de risque, les compense conformément aux lois de la statistique »¹⁷⁶⁴.

Dans le cadre du régime conventionnel, cette assurance sera dite « de responsabilité » parce qu'elle « garantit l'assuré contre les recours exercés contre lui par des tiers, à raison du préjudice qu'il a pu leur causer et qui engage sa responsabilité »¹⁷⁶⁵. L'assurance de responsabilité ayant ainsi pour objet

¹⁷⁵⁹ M. PICARD, « La limitation de la responsabilité des dommages causés par l'énergie nucléaire », *op. cit.*, p. 411

¹⁷⁶⁰ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, Paris, LGDJ, 2013, p. 125.

¹⁷⁶¹ N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *BDN*, vol. 79, 2007/1, p. 40.

¹⁷⁶² *Convention de Paris* (1982, 2004), art. 10.a) ; *Convention de Vienne* (1963,1997), art. VII.1a).

¹⁷⁶³ Le lecteur pourra être surpris de cette construction qui paraît reprendre celle du B. du présent §. Cela n'est pas une erreur. Nous l'avons évoqué, l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire est protéiforme et ce point suffira à le mettre en exergue.

¹⁷⁶⁴ J. HÉMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres. I. La notion, l'évolution, la science de l'assurance terrestre*, Paris, Sirey, 1924, p. 73 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, s.v. « assurance » et Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 42

¹⁷⁶⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, s.v. « assurance de responsabilité ».

la dette de responsabilité (ou la créance de réparation), son mécanisme doit être distingué de celui de la responsabilité. Il consiste à faire payer par un tiers la survenance du dommage, certes en application des règles de responsabilité, mais sur le fondement d'un engagement conventionnel¹⁷⁶⁶. S'il faut tenir compte de cette distinction, c'est que l'évolution du droit de la responsabilité civile a participé à brouiller les frontières de ces mécanismes.

444. La relation entre la responsabilité et l'assurance. D'aucuns ont voulu souligner l'impact de l'assurance de responsabilité sur le régime de responsabilité civile nucléaire, considérant que le nucléaire avait irrémédiablement marqué « l'avènement d'une société assurantielle »¹⁷⁶⁷ dans laquelle « être responsable » revient « dans une large mesure, [à] avoir l'obligation de contracter une assurance »¹⁷⁶⁸. Pour ces auteurs, jamais « le lien entre la responsabilité et le moyen pratique d'y faire face, entre le droit à la réparation et le moyen de l'obtenir » n'avait, en effet, « été affirmé avec autant de force »¹⁷⁶⁹. Sans remettre en compte le bien-fondé de ces assertions, il convient pour autant d'en défier quelque peu la véracité. À bien y regarder, cette évolution a anticipé le droit nucléaire expliquant certainement la raison pour laquelle le principe conventionnel n'a pas souffert de discussion. Nous l'avons évoqué *supra*, l'assurance de responsabilité est initialement le moyen qui, partout, a permis l'avènement de la responsabilité *même sans faute*¹⁷⁷⁰. La responsabilité civile a pu effectivement se passer de la faute comme fondement unique de la responsabilité parce que l'assurance a constitué une justification équitable, un stimulant et un moyen de parer à l'impératif de réparation : « la responsabilité civile, on le sait, suscita l'assurance. L'assurance, à son tour, facilita la responsabilité »¹⁷⁷¹. Dit autrement, le mécanisme a rendu raisonnable l'effort assumé par le responsable non fautif. Originellement développé « comme un *parasite* du droit de la responsabilité », il en est devenu « l'*auxiliaire* nécessaire, puis la condition de possibilité »¹⁷⁷². Si cette évolution a évidemment suscité bien des critiques, notamment sur la fonction de la responsabilité et la « figure pour ordre »¹⁷⁷³ du responsable, elles seront, à dessein, laissées à des développements ultérieurs¹⁷⁷⁴.

445. Plan. En effet, si le régime de responsabilité civile nucléaire n'a effectivement pas consacré ce lien entre la responsabilité et l'assurance, il a néanmoins permis de montrer que l'assurance autorisait le progrès technologique et la prise en compte de risque¹⁷⁷⁵. Pour réceptionner le risque nucléaire, les assureurs ont fait preuve de solutions novatrices. En concentrant leurs capacités assurantielles, ils ont rendu un assurable un risque *a priori* inassurable (i.). Ce n'est pas dire, toutefois, que l'assurance du

¹⁷⁶⁶ Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, « Réflexions sur la nature juridique des assurances de responsabilité » in *Mélanges Vincent*, Paris, Dalloz, 1981 p. 193, et plus généralement sur l'assurance de responsabilité Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., pp. 493 et ss.

¹⁷⁶⁷ J. M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, op. cit., p.121.

¹⁷⁶⁸ M. PICARD, *Rapport sur l'assurance privée et le progrès social*, Journée de droit civil, Association Henri Capitant, Lille, 1929, p. 8

¹⁷⁶⁹ J. HÉBERT, *La responsabilité au sens du droit nucléaire*, Paris, 1962, T. II, p. 172. Voy. également R. MONACO, « Les assurances en droit international », op. cit., p. 429

¹⁷⁷⁰ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

¹⁷⁷¹ F. TERRÉ, « Propos sur la responsabilité civile », *APD*, vol. 22, 1977, p. 42.

¹⁷⁷² F. EWALD, *L'État Providence*, op. cit., p. 392. Nous soulignons.

¹⁷⁷³ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile, d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD Civ*, 1987, p. 7.

¹⁷⁷⁴ Voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

¹⁷⁷⁵ Voy. O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise, assurance*, Paris, Gallimard, 2002, p. 9.

risque nucléaire n'a jamais été mise en difficulté, en a notamment témoigné l'adoption du Protocole de 2004 (ii).

i. Une organisation concentrée de la couverture du risque nucléaire

446. Une mise en défaut des techniques assurantielles classiques par le risque nucléaire. Comme le souligne Laurène MAZEAU, « l'exploitation d'activité mettant en jeu le développement des sciences et des techniques confronte les logiques assurantielles à de nouveaux risques qui contrarient leur mécanisme fondamental de mutualisation, faute notamment d'expérience dans l'analyse du risque concerné et d'outils statistiques exploitables »¹⁷⁷⁶. Il est vrai que la technique de l'assurance repose, pour une large part, sur de longues années d'expérience et d'observation cristallisées sous forme de statistiques¹⁷⁷⁷. Le développement du nucléaire a ainsi pris en défaut le résultat de cette méthode empirique. Il ne satisfaisait pas entièrement aux critères d'assurabilité d'un risque dégagés par la littérature économique et juridique¹⁷⁷⁸. Certes, ce risque nucléaire obéissait bien aux lois du hasard¹⁷⁷⁹ et l'auteur du risque était clairement identifiable du fait du principe de canalisation consacré par les conventions¹⁷⁸⁰. Il présentait toutefois une dimension catastrophique non négligeable menaçant le critère de la solvabilité¹⁷⁸¹ et le principe de limitation¹⁷⁸². Il pouvait difficilement être intégré dans une mutualisation car les risques individuels d'exposition étaient fortement corrélés dans une même zone géographique¹⁷⁸³. Enfin, et surtout, l'absence de statistiques, les différences de technologie au sein du secteur et, plus généralement, l'incertitude entourant la nature et l'étendue de sa réalisation en faisaient un risque difficilement quantifiable sur une base actuarielle¹⁷⁸⁴. En résumé, le risque nucléaire n'était *a priori* pas assurable, du moins au sens traditionnel du terme.

Pourtant, l'histoire des assurances « se jalonne d'exemples de risques *a priori* inassurables, qui sont devenus par la suite assurables, *via* notamment le recours à des techniques nouvelles de financement, de redéfinition ou de restauration des conditions de la mutualisation »¹⁷⁸⁵. Des alternatives à l'assurance traditionnelle se sont ainsi développées offrant la possibilité de couvrir plus largement des

¹⁷⁷⁶ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 524. Dans le même sens H. GROUDEL, « Quelle prise en charge ? » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, op. cit., p. 66.

¹⁷⁷⁷ W.E. BELSER, « Examen des solutions apportées par les lois nationales et les conventions internationales sur la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire », op. cit., pp. 66 et ss.

¹⁷⁷⁸ Si l'assurabilité du risque est une notion tirée de l'économie de l'assurance, les juristes se sont néanmoins intéressés à son analyse parce que des limites juridiques sont venues s'adjoindre aux limites techniques du risque assurable : voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 125 ; G. WAGNER, "(Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation System" in W. VAN BOOM, M. FAURE (dirs), *Shifts in compensation Between Private and Public System*, 2007, pp. 87 et ss ; M. TETLEY, « Les révisions des Conventions de Paris et de Vienne sur la responsabilité civile nucléaire – le point de vue des assureurs », *BDN*, vol. 77, 2006/1, p. 34

¹⁷⁷⁹ Cela correspond au critère de survenance aléatoire, c'est-à-dire que la réalisation du risque doit être incertaine : voy. K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, op. cit., p. 88.

¹⁷⁸⁰ Cela correspond au critère de l'identification, c'est-à-dire la possibilité de pouvoir désigner l'auteur du risque : *Ibid.*

¹⁷⁸¹ Cela correspond au critère de la solvabilité, c'est-à-dire que la solvabilité de l'assureur doit être garantie. Ce dernier doit donc disposer d'une capacité financière suffisante et mobilisable dans des délais raisonnables : *Ibid.*

¹⁷⁸² Un risque sera considéré comme assurable s'il est limité dans ses dommages : *Ibid.*, p. 89.

¹⁷⁸³ Cela correspond au critère d'homogénéité. Pour que le risque soit assurable, l'assureur doit pouvoir l'intégrer dans une mutualisation homogène : *Ibid.*, p. 88.

¹⁷⁸⁴ Cela correspond au critère de la quantification. Pour apprécier le caractère limité d'un risque (et donc la solvabilité de l'assureur), ce dernier doit pouvoir être quantifié. L'assureur doit donc disposer de données suffisantes afin de mesurer le risque qu'il couvre et déterminer le montant de la prime d'assurance : *Ibid.*, p. 89.

¹⁷⁸⁵ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 524 faisant référence aux propos de la Fédération française de l'assurance, *Livre blanc sur l'assurance de responsabilité civile*, publication FFA, 2000. Voy. également M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système de responsabilité*, op. cit., pp. 98-99 et P. VAILLIER, *Les limites de l'assurance*, Paris, Assurance française, 2001, 328 p.

risques de nature catastrophique, parfois même sans aucune statistique, en a témoigné la couverture du risque de capture de *Nessy*, le monstre du Loch Ness¹⁷⁸⁶. Corrélativement, l'influence des pouvoirs publics a supplanté les facteurs traditionnels de l'assurabilité concernant les risques pour lesquels une couverture d'assurance est apparue souhaitable. L'État est intervenu comme un « ordonnateur de l'assurable »¹⁷⁸⁷ dont le souhait est de façonner la sphère de l'assurabilité¹⁷⁸⁸. Dans le cadre de l'assurance du risque nucléaire, cette évolution s'est ainsi manifestée par ce choix politique de limiter la responsabilité de l'exploitant dans son *quantum*. Mais, par ailleurs, les assureurs ont fait face à ce nouveau risque en choisissant, de façon inédite, d'agir collectivement.

447. Le dépassement des limites « structurelles »¹⁷⁸⁹ de l'assurance par un recours aux *pools*. Au regard de la menace que peuvent générer les conséquences d'un accident nucléaire sur la santé financière des assureurs, ces derniers ont rapidement exclu le risque nucléaire des polices d'assurance classiques¹⁷⁹⁰. Pour faire face à ce nouveau risque, ils se sont tournés vers la technique de la réassurance, c'est-à-dire « l'assurance de l'assureur »¹⁷⁹¹. Cette technique s'est cependant révélée insuffisante car la réassurance, si elle permet « [d'] atomiser » le risque, peut poser des problèmes de cumuls. En effet, le réassureur pourrait être sollicité concernant le même risque par une multitude d'assureurs¹⁷⁹². Pour remédier à cette difficulté, les assureurs ont donc proposé une solution tout à fait originale : ils ont regroupé leurs connaissances et leurs moyens financiers dans des *pools* (« mise en commun ») spécialisés¹⁷⁹³. Dès lors, en sus de mettre en commun leurs connaissances sur le risque nucléaire, la constitution de ces *pools* leur a permis d'offrir des montants plus élevés pour la couverture de ce risque, principalement par le mécanisme de la coassurance¹⁷⁹⁴. Les premiers *pools* ont ainsi été organisés aux États-Unis et en Suède en 1956. Aujourd'hui, près d'une trentaine de *pools* nucléaires sont actifs au niveau mondial. Constitués sur une base exclusivement nationale — chaque État disposant de son propre *pool* d'assurance —, les *pools* assurent et réassurent en règle générale leurs exploitants nationaux¹⁷⁹⁵. Il arrive néanmoins que les *pools* interviennent au niveau international au soutien d'un autre *pool*, mais seulement en ce qui concerne la réassurance. Partant, le

¹⁷⁸⁶ La Lloyd's avait écrit en 1971 un contrat couvrant le risque de capture du monstre du Loch Ness lors d'un concours organisé par le producteur de whisky Cutty Sark. Ce fut également le cas lors du lancement du premier satellite en 1977 : voy. K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, op. cit., p. 91.

¹⁷⁸⁷ G. BENTOGGIO, J.-P. BETPÈZE, *L'État et l'assurance des risques nouveaux – Exercice prospectif*, Paris, La Documentation française, 2005, p. 25

¹⁷⁸⁸ Voy. V. SANSEVERINO GODFRIN, *L'État, les compagnies d'assurances et les risques majeurs*, thèse, Nice, 1996, 355 p.

¹⁷⁸⁹ H. GROUDEL, « Quelle prise en charge ? », op. cit., p. 66 évoquant les limites structurelles de l'assurance en comparaison aux limites conjoncturelles nées d'un trop plein de responsabilité.

¹⁷⁹⁰ Sur l'histoire de l'assurance du nucléaire, voy. A. TOCHI ADISANYA, « Modernization of Nuclear Liability Regimes : the Impact on the Nuclear Insurance Industry », *CEPMLP*, vol. 15, 2013, pp. 3 et ss ou encore S. REITSMA, M.G. TETLEY, « L'assurance des risques nucléaire » in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, op. cit., pp. 427 et ss.

¹⁷⁹¹ B. BEIGNIER, « Assurance » in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 107. Voy. également G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., s.v. : « réassurance » : « [l']opération par laquelle un assureur jugeant trop lourds ou dangereux pour lui les risques qu'il a acceptés de couvrir, s'en décharge partiellement sur un autre assureur tout en demeurant intégralement tenu vis-à-vis de l'assuré ».

¹⁷⁹² W. E. BELSER, « Examen des solutions apportées par les lois nationales et les conventions internationales sur la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire », op. cit., pp. 67-68.

¹⁷⁹³ S.M.S REITSMA, M.G. TETLEY, « L'assurance des risques nucléaires », op. cit., p. 430.

¹⁷⁹⁴ La coassurance est « [l']assurance d'un même risque par plusieurs assureurs qui, sans solidarité, prennent en charge une quote-part déterminée de celui-ci » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., s.v. « coassurance ».

¹⁷⁹⁵ Les *pools* d'assurance nucléaire présentent tous les mêmes principes fondamentaux. Ainsi, si l'objet de l'assurance proposés peut varier selon les *pools*, tous assurent à minima les centrales nucléaires, les usines de fabrication de combustible, celle de retraitement et les installations de stockage de déchets nucléaires. Pour le détail du fonctionnement des *pools*, voy. S. REITSMA, M.G. TETLEY, « L'assurance des risques nucléaires », op. cit., pp. 430 et ss ou A. QUÉRÉ, « Challenges facing the insurance industry since the modernization of the international nuclear liability regime », *BDN*, vol. 94, vol. 2014/2, pp. 84 et ss.

système des *pools* semble donc avoir permis une couverture efficace du risque nucléaire avec un minimum de coût, et ce bien qu'il ait essuyé quelques critiques relativement à son caractère monopolistique¹⁷⁹⁶. Les modifications apportées au régime conventionnel de responsabilité civile nucléaire ont cependant suscité quelques inquiétudes, spécifiquement dans le cadre de la Convention de Paris¹⁷⁹⁷.

ii. Une organisation concentrée mise en difficulté par le Protocole de 2004

448. La mise en difficulté des pools d'assurance par la révision de la Convention de Paris. Si les assureurs ont souffert de la révision de la Convention de Paris, c'est parce qu'elle seule, nous le verrons ci-après, a toujours imposé un principe de congruence entre la couverture de la responsabilité de l'exploitation et le montant de cette dernière¹⁷⁹⁸. Dans le cadre de cette dernière, le niveau conventionnel des montants de responsabilité a toujours été corrélé avec la capacité de l'assurance¹⁷⁹⁹. Or cette « camisole »¹⁸⁰⁰, en sus de limiter le pouvoir discrétionnaire du législateur pour établir des montants de responsabilité conformes au risque existant¹⁸⁰¹, a mis en difficulté la capacité du marché de l'assurance. Par-delà la prolongation la limite *ratione temporis* de la responsabilité de l'exploitant, la suppression de l'exonération liée à la survenance de cataclysmes naturels¹⁸⁰² ou encore l'élargissement du champ d'application géographique de la Convention¹⁸⁰³, la nouvelle définition du dommage nucléaire en est l'exemple le plus significatif. C'est notamment à l'endroit de l'introduction des mesures de restauration de l'environnement dégradé dans la définition *ratione materiae* du dommage nucléaire que se sont cristallisés leurs inquiétudes. S'accordant à considérés que ces dommages étaient sans intérêt assurable et économiquement inquantifiables¹⁸⁰⁴, ils ont ainsi fait montre d'un mécontentement manifeste :

« [i]l est parfaitement honorable pour un [gouvernement d'exiger qu'un pollueur indemnise davantage un plus grand nombre de victimes, mais imposer un pareil régime à l'industrie nucléaire sans, en contrepartie, fixer des limites au risque que représentent ces obligations menace le délicat équilibre qui a permis jusqu'à présent aux assureurs de soutenir le développement de l'industrie nucléaire. Les incertitudes financières que comportent les nouveaux types de couvertures prévus par les conventions révisées entraîneront une réduction de la garantie à moins que l'on adopte une

¹⁷⁹⁶ K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, *op. cit.*, pp. 203 et ss. Voy. également S. CARROLL, « Avantages et inconvénient d'un pool pour couvrir la responsabilité civile des exploitants nucléaire », *B.D.N.*, vol. 81, 2008/1, pp. 85 et ss.

¹⁷⁹⁷ Cela car l'augmentation des montants a été plus importante dans le cadre de la révision de la Convention de Paris : voy. A. TOCHI ADISIANYA, "Modernization of Nuclear Liability Regimes [...]", *op. cit.*, pp. 16 et ss.

¹⁷⁹⁸ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 10.a et le propos qui suivra.

¹⁷⁹⁹ Nous l'avons évoqué *supra*, les montants fixés la Convention de Vienne de 1997 prenait davantage en considération la nature du risque : voy. A. QUÉRÉ, "Challenges facing the insurance industry since the modernisation of the international nuclear liability regime", *op. cit.*, p. 77 ; L. JAEGER, « L'assurabilité de l'industrie nucléaire », *op. cit.*, p. 220 ; N. PELZER, « Les principaux aspects du régime international révisé de responsabilité civile nucléaire – les avancées et les blocages », *op. cit.*, p. 423.

¹⁸⁰⁰ N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants », *op. cit.*, p. 59.

¹⁸⁰¹ Voy. C. STOIBER, A. BAER, N. PELZER et W. TONHAUSER, *Manuel de droit nucléaire*, Vienne, Ed. AIEA, 2006, p. 129.

¹⁸⁰² Voy. *supra* note n°1191.

¹⁸⁰³ Voy. M. TETLEY, « Les révisions des Conventions de Paris et de Vienne sur la responsabilité civile – le point de vue des assureurs », *op. cit.*, pp. 27 et ss et A. QUÉRÉ, "Challenges facing the insurance industry since the modernisation of the international nuclear liability regime", *op. cit.*, p. 90-100.

¹⁸⁰⁴ Voy. S. CARROLL, « Avantages et inconvénients d'un pool pour couvrir la responsabilité civile des exploitants nucléaires », *op. cit.*, p. 95 ; M. TETLEY, « Les révisions des Conventions de Paris et de Vienne sur la responsabilité civile – le point de vue des assureurs », *op. cit.*, pp. 35-38 ; G.C. WARREN, « Révisions de la Convention de Vienne : Examen des travaux et conséquences, sous l'angle de l'assurance, des projets d'amendements », *op. cit.*, pp. 11, 15, 15 ; A. QUÉRÉ, "Challenges facing the insurance industry since the modernisation of the international nuclear liability regime", *op. cit.*, pp. 93-94 et pour le point de vue des professionnels français APREF, « Assurabilité de la responsabilité civile nucléaire », note de l'Association des professionnels de la réassurance en France, juin 2016, pp. 19 et ss.

démarche cohérente pour résoudre le problème des risques inquantifiables qui sont imposés aux exploitants nucléaires. Une démarche incohérente conduirait en effet à la fragmentation des régimes juridiques et assurantiels, et compromettrait la réalisation des objectifs des premiers rédacteurs »¹⁸⁰⁵.

Pour cela, tant les exploitants que les assureurs ont fait pression sur les États pour qu'ils ne ratifient pas les conventions révisées¹⁸⁰⁶. Assurément, une telle position était contestable dès lors qu'elle impliquait de faire supporter cette charge aux victimes contingentes d'accidents nucléaires, autrement dit à la société tout entière¹⁸⁰⁷. Un changement ou une rationalisation du nouveau régime de responsabilité civile nucléaire en raison des difficultés assurantielles ne constituait donc en rien une démarche cohérente, et ce bien que les réticences des assureurs dussent être entendues¹⁸⁰⁸.

449. D'une fonction naturelle de l'assurance vers une fonction potentielle des exploitants. Plusieurs solutions ont ainsi été proposées, certaines ont même été éprouvées, afin de permettre à l'assurance de couvrir ce « nouveau » risque nucléaire. Il a ainsi été suggéré de supprimer le principe de canalisation, lequel pourrait faire profiter les exploitants de l'assurance souscrite par leur fournisseur¹⁸⁰⁹. En Europe, des mutuelles d'assurances ont été créées pour compléter l'activité et la capacité des *pools*. Ces captives se sont ainsi déclarées prêtes à couvrir les dommages définis par les conventions révisées, à condition que les États assument les responsabilités pour les autres risques, tels que les actes de guerre ou les actes de terrorisme¹⁸¹⁰. Une capacité supplémentaire a également été envisagée à l'étranger par la création de nouveaux *pools* de réassurance au sein des États qui ne produisent pas d'énergie nucléaire¹⁸¹¹, ou, au sein de l'Union européenne, par la création d'un *pool* unique gagnant ainsi en efficacité et en capacité¹⁸¹². D'autres en ont appelé à une meilleure harmonisation des conventions, à un certain réalisme quant au dommage pouvant et devant être

¹⁸⁰⁵ M. TETLEY, « Les révisions des Conventions de Paris et de Vienne sur la responsabilité civile – le point de vue des assureurs », *op. cit.*, p. 40.

¹⁸⁰⁶ J. SCHWARTZ, "Alternative Financial Security for the Coverage of Nuclear Third-Party Liability Risks", *Nuclear Inter Jura* 2007, Bruxelles, 2 octobre 2007. Cela n'était cependant pas une situation inédite. En France, par exemple, les assureurs avaient menacé de se retirer du secteur médical lors de l'adoption de la loi du 4 mars 2002 relative à l'assurabilité des maladies nosocomiales. Bien qu'il soit principalement attribuable aux exigences de l'Union européenne, le retard de ratification du Protocole de 2004 aurait néanmoins pu résulter de ce facteur. Réciproquement, pourtant, l'adoption de la directive Solvabilité II a pu jouer un rôle certain pour les assureurs des États membres de l'Union dont beaucoup sont parties à la Convention de Paris : voy. *Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II)*, JO L 335, p. 1-155.

¹⁸⁰⁷ S. CARROLL, « Avantages et inconvénient d'un pool pour couvrir la responsabilité civile des exploitants nucléaires », *op. cit.*, p. 96. Cela rejoint d'ailleurs le propos tenu par G.C. WARREN, « Révisions de la Convention de Vienne : Examen des travaux et conséquences, sous l'angle de l'assurance, des projets d'amendements », *op. cit.*, p. 15 qui, au sujet de l'extension de la limitation dans le temps de la responsabilité de l'exploitant nucléaire, avait considéré que « le traitement de tels cancers [en référence aux cancers survenant 20 ou 30 après l'accident] quel qu'en soit la cause, est une question qui appartient à la société dans son ensemble ».

¹⁸⁰⁸ Voy. N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *op. cit.*, pp. 41, 51 soulignant ainsi que « [p]ar le passé, l'industrie de l'assurance avait toujours réagi de manière flexible afin de répondre aux nouvelles obligations. Si une capacité de couverture supplémentaire était requise, ils la fournissaient. Aujourd'hui, pour la première fois, il semble y avoir une réticence générale à s'engager dans la couverture de ce risque élargi. Bien entendu, cela peut faire partie du jeu de la négociation mais il faut toutefois prendre ces préoccupations au sérieux. Il est probable qu'il ne reste plus une grande marge de manœuvre pour une augmentation majeure de la couverture d'assurance ».

¹⁸⁰⁹ Voy. E. AMEYE, "Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator", *op. cit.*, p. 39 et *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

¹⁸¹⁰ Ces captives sont inspirées des mutuelles américaines telle la mutuelle NEIL (Nuclear Electric Insurance Limited) qui prend en charge les dommages aux installations et le pool (American Nuclear Insurers) qui prend en charge la responsabilité civile nucléaire. En Europe, on évoquera, parmi d'autres, la mutuelle d'assurance ELINI (European Liability Insurance for Nuclear Industry) domiciliée en Belgique et spécialisée dans la responsabilité civile nucléaire : voy. APREF, « Assurabilité de la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 16 ; K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, *op. cit.*, pp. 195 et ss.

¹⁸¹¹ Des *pools* avaient déjà été constitués dans des États non nucléarisés (Australie, Brésil ou encore Croatie) dans le seul but d'accroître la capacité d'assurance sur le marché mondial.

¹⁸¹² Voy. E. AMEYE, I.I. ARREGUI, "National nuclear third-party insurance pools revisited from a Union competition law perspective", *Congrès de l'Association internationale de droit nucléaire du 8 et 11 octobre 2012*, Manchester *contra* A. QUÉRÉ, "Challenges facing the insurance industry since the modernisation of the international nuclear liability regime", *op. cit.*, pp. 99-100.

assuré, et surtout à la réalisation d'un effort général de la part de toutes les parties impliquées¹⁸¹³. Enfin, et surtout, une dernière idée a consisté à déplacer la charge de la réparation sur la tête des exploitants eux-mêmes, par la création d'un *pool* d'exploitants nucléaires¹⁸¹⁴.

Cette proposition, fondée sur une solidarité des exploitants et supposée conforme au principe du « pollueur-payeur »¹⁸¹⁵, n'est d'ailleurs pas nouvelle en doctrine¹⁸¹⁶. Elle ne lui est pas non plus inédite. De tels mécanismes existent déjà depuis longtemps aux États-Unis et en Allemagne tout en reposant sur des modalités différentes¹⁸¹⁷. Compte tenu de l'expérience acquise dans ces États, l'intérêt renouvelé à ces mécanismes est justifié pour deux raisons. D'une part, la création de *pools* d'exploitants présente l'avantage de mettre bon nombre de capitaux privés à disposition des victimes d'un accident nucléaire en tant que complément ou alternative aux autres types de garanties financières¹⁸¹⁸. D'autre part, ce modèle de financement induit une internalisation du coût du risque très important pour les exploitants. Combinée avec un système de contribution par installation permettant une différenciation du risque par réacteur¹⁸¹⁹, cette internalisation constituerait donc une exigence cruciale pour maximiser la prévention des accidents nucléaires¹⁸²⁰. Elle serait également un

¹⁸¹³ Voy. M. TETLEY, « Les révisions des Conventions de Paris et de Vienne sur la responsabilité civile – le point de vue des assureurs », *op. cit.*, p. 40 et A. QUÉRÉ, « Challenges facing the insurance industry since the modernisation of the international nuclear liability regime », *op. cit.*, pp. 103-104 ; R. DUSSART-DESART, « Les conclusions du groupe d'expert voué au montant de responsabilité et aux questions associées », *Conférence Taking nuclear third-party liability into the future / Fair compensation for citizens and level playing field of operator*, Bruxelles, 20-21 janvier 2014, p. 14.

¹⁸¹⁴ Voy. A. QUÉRÉ, « Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third-party Liability Regime », *op. cit.*, p. 102 ; N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *op. cit.* ; S. CARROLL, « Avantages et inconvénient d'un *pool* pour couvrir la responsabilité civile des exploitants nucléaire », *op. cit.*, pp. 85-109 ; K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, *op. cit.*, pp. 281 et ss ; R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », *op. cit.*, p. 246 ; A. TOCHI ADISIANYA, « Modernization of Nuclear Liability Regimes : the Impact on the Nuclear Insurance Industry », *op. cit.*, pp. 31 et ss ; M.G. FAURE, « Alternative compensation mechanisms as remedies for uninsurability of liability », *Geneva papers on Risk and Insurance Theory*, vol. 29, 2004, pp. 455-489 ; M.G. FAURE, T. VANDEN BORRE, « The US versus the international Nuclear Liability and Insurance System : An economic analysis », *Nuclear Interjura 2007* ; J. SCHWARTZ, « Alternative Financial Security for the Coverage of Nuclear Third-party Liability Risks », *op. cit.* ; L. JAEGER, « L'assurabilité de l'industrie nucléaire », *op. cit.*, pp. 228-232 ou encore Conseil d'Analyse Économique, *Les risques majeurs et l'action publique*, Rapport n° 105, 31 décembre 2012, p. 162.

¹⁸¹⁵ Sur notre avis sur l'utilisation du terme dans ce contexte : voy. *supra* note n°1310.

¹⁸¹⁶ Voy. déjà D. DELPIROU, « Intervention collective de l'industrie nucléaire dans la réparation complémentaire » in OCDE/AEN, *Accidents nucléaires, Responsabilité et garanties, Symposium d'Helsinki*, Paris, Ed. OCDE, 1993, p. 464 ; P. STROHL, « Bilan de recherche », *op. cit.*, p. 158. Elle aurait même été soumise lors de la révision de la Convention de Vienne de 1997.

¹⁸¹⁷ Ces mécanismes se sont inspirés du FIPOL en matière de pollution par hydrocarbure. Ainsi, aux États-Unis, la loi *Price Anderson Act* impose depuis 1975 aux exploitants de fournir les moyens financiers pour couvrir leur responsabilité sur deux niveaux. Le premier niveau correspond à la garantie financière de base qui est fournie par l'industrie assurantielle. Le second niveau, visant à réduire la part apportée par des fonds publics, est quant à lui assumé collectivement par les exploitants nucléaires par un mécanisme de contribution annuelle rétrospective. En Allemagne, le *pool* est une relation contractuelle de droit privé conclu librement entre les principaux producteurs d'énergie allemand. Pour lever le solde de la garantie financière fourni par l'assurance, les quatre principales compagnies d'électricité ont conclu un contrat de droit civil les rendant solidairement responsables : voy. S. CARROLL, « Avantages et inconvénient d'un *pool* pour couvrir la responsabilité civile des exploitants nucléaire », *op. cit.*, pp. 99-105 ; K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, *op. cit.*, pp. 283 et ss ; M.G. FAURE, T. VANDEN BORRE, « The US versus the international Nuclear Liability and Insurance System : An economic analysis », *op. cit.* ; N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *op. cit.*, pp. 44-48.

¹⁸¹⁸ Ainsi, la capacité financière aux États-Unis a pu se révéler beaucoup plus élevée que celles fournies par les États membres aux Convention. Pour donner un ordre d'idée, il avait été estimé en 2011 que la garantie disponible aux États-Unis aurait été 15 fois supérieure à celle de la France, une fois les nouveaux montants entrés en vigueur. En Allemagne, le contrat créant un *pool* d'exploitants fournit une garantie financière d'un montant maximum de 2,24 milliards d'euros.

¹⁸¹⁹ Cela n'a pas d'incidence dans les États dans lesquels chaque réacteur est exploité par un exploitant différent. Mais dans les États dans lesquels plusieurs réacteurs sont exploités par un même exploitant, comme cela est le cas de la France, cela aura une incidence. En effet, l'exploitant y couvre sa responsabilité civile à hauteur du plafond pour l'ensemble de son parc nucléaire alors que sa probabilité d'accident est plus élevée : voy. K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, *op. cit.*, pp. 285-286.

¹⁸²⁰ Voy. K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, *op. cit.*, p. 287-288 ; L. JAEGER, « L'assurabilité de l'industrie nucléaire », *op. cit.*, p. 220 ; Conseil d'Analyse Économique, *Les risques majeurs et l'action publique*, *op. cit.*, p. 162 ; OCDE, « L'assurance et les risques systémiques », Paris, Ed. OCDE, 2003 et sur cette dimension préventive *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

correctif à l'effet pervers de l'assurance à qui l'on impute bien souvent d'avoir ôté à la responsabilité toute sa dimension préventive¹⁸²¹.

Cela étant, et comme le souligne Norbert PELZER,

« [u]ne couverture réelle et efficace de la responsabilité civile nucléaire par la constitution d'un pool international des exploitants ne peut être réalisée que si la situation politique, juridique et économique dans tous les États dont les exploitants souhaitent participer au système est comparable et de niveau identique. La constitution d'un *pool* est fondée sur la confiance. Si les exploitants "investissent" des fonds dans le risque nucléaire d'un autre exploitant, ils souhaitent rester en terrain connu »¹⁸²².

Pour ces raisons, la limitation du pool à une région géographique donnée a semblé plus raisonnable. Ce n'est, en effet, que dans une zone géographique restreinte qu'une communauté naturelle de risques peut exister¹⁸²³. Pour ces raisons également, le territoire géographique de l'Union européenne est apparu comme le terrain privilégié d'une telle initiative. Des réacteurs y sont exploités dans un nombre non négligeable d'États limitrophes étant eux-mêmes parties à une organisation régionale d'intégration. Ces États partagent des valeurs communes, une économie de marché et coopèrent déjà dans un grand nombre de domaines. Aujourd'hui, cette création ne semble toutefois pas réalisable. Un *pool* à l'échelle de l'Union européenne supposerait un régime prenant en compte les spécificités de l'industrie nucléaire au sein des États membres. Or la responsabilité civile nucléaire ne fait l'objet d'aucune harmonisation au sein de l'Union¹⁸²⁴, à l'exception des aspects relatifs à la compétence juridictionnelle¹⁸²⁵ et à l'assurance du risque atomique, laquelle pourrait néanmoins constituer une voie d'entrée possible¹⁸²⁶.

En définitive, les difficultés liées à la couverture du risque nucléaire ne sont pas immuables. Il est possible d'innover en envisageant de nouvelles formes de garanties financières. Simplement, les solutions proposées appellent des efforts que les acteurs du nucléaire ne semblent pas prêts à entreprendre. Pourtant, au vu des solutions actuellement retenues par les conventions, ces

¹⁸²¹ Voy. sur ce constat et sur les nuances à y apporter, voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

¹⁸²² N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *op. cit.*, p. 54. Dans le même sens voy. P. STROHL, « Bilan de recherche », *op. cit.*, p. 159 et D. DELPIROU, « Intervention collective de l'industrie nucléaire dans la réparation complémentaire », *op. cit.*, p. 464.

¹⁸²³ Voy. M. FAURE, T. VANDEN BORRE, *Economic Analysis of the Externalities*, *op. cit.*, p. 32 ; N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *op. cit.*, pp. 54 et ss. ; S. CARROLL, « Avantages et inconvénient d'un pool pour couvrir la responsabilité civile des exploitants nucléaire », *op. cit.*, pp. 105 et ss.

¹⁸²⁴ Sur ce constat J. KNETSCH, « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », *op. cit.* ; J. HANDRLICA, « Harmonisation de la responsabilité civile nucléaire au sein de l'Union européenne : Défis, options et limites », *BDN*, vol. 84, 2009/2, pp. 37-69.

¹⁸²⁵ Ces aspects ont déjà été évoqués *supra* comme ayant expliqué l'autorisation donnée par l'Union aux États membres de ratifier les protocoles d'amendements des conventions principes : voy. notes n° 186 et 1356

¹⁸²⁶ Voy. *Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique*, version consolidée, JO C 203 du 7 juin 2016, p. 1-107, art. 98 : « les États membres prennent toutes mesures nécessaires afin de faciliter la conclusion de contrats d'assurance relatifs à la couverture du risque atomique. Le Conseil, après consultation du Parlement européen, arrête à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, qui demande au préalable l'avis du Comité économique et social, les directives touchant les modalités d'application du présent article ». Le Conseil est ainsi autorisé à adopter des directives pour la mise en œuvre de l'article 98. Or, la création d'un *pool* d'exploitants pourrait conduire à réexaminer cet article. En effet, bien que l'article ne renvoie qu'à une coopération concernant l'assurance, une interprétation téléologique pourrait justifier son élargissement pour y inclure d'autres moyens, tel qu'un *pool* d'exploitants : voy. N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *op. cit.*, p. 57 ; A. QUÉRÉ, "Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third-party Liability Regime", *op. cit.*, pp. 97-98 ; L. JAEGER, « L'assurabilité de l'industrie nucléaire », *op. cit.*, p. 230.

modifications s'avèreraient opportunes, ne serait-ce que pour diminuer la part susceptible d'incomber à l'État, acteur protéiforme de la réparation du dommage nucléaire.

b. Une fonction résiduelle de l'État « hôte »

450. Le recours suggéré aux fonds publics. Aux termes des conventions, l'exploitant est tenu d'avoir et de maintenir une garantie financière, dont la nature et la forme doivent être agréées par les autorités publiques compétentes¹⁸²⁷. Faute d'assurance, cette garantie peut donc prendre diverses autres formes. Mais s'il existe théoriquement un grand nombre de possibilités pour faire usage d'une garantie financière privée¹⁸²⁸, ces dernières s'avèrent bien souvent insuffisantes à réceptionner le risque nucléaire. Trop onéreuses ou trop peu fiables pour que les autorités puissent les agréer¹⁸²⁹, le seul cas d'auto-couverture explicitement admis¹⁸³⁰ reste celui dans lequel il existe une identité commune entre l'exploitant et l'État. Acceptant ainsi une « sécularisation intégrale »¹⁸³¹, lui-seul serait à même d'assurer la disponibilité de la somme exigée. Mais, parce que lui-seul est justement à même d'assurer la disponibilité de la somme exigée, il est également apparu comme une alternative opportune au défaut d'assurance des exploitants privés. Cela est du moins, ce qui ressort aujourd'hui des conventions.

Imposer un principe de congruence entre le *quantum* de la responsabilité de l'exploitant et son obligation d'assurance n'a jamais été le choix des rédacteurs de la Convention de Vienne. Parce qu'ils n'ont toujours prévu qu'un montant plancher, les rédacteurs de ce texte ont de tout temps laissé aux États le soin de déterminer la nature de cette garantie financière, mais également son montant. Il en a résulté que si la garantie financière s'avérait insuffisante *ab initio* ou défailante *ex post* l'accident pour atteindre le montant plancher fixé par les conventions, il appartenait alors à l'État de couvrir la responsabilité de l'exploitant jusqu'au montant minimum du *quantum* de sa responsabilité¹⁸³². Dans le cadre de la Convention de Paris, cette solution n'était pas apparue opportune. Les rédacteurs ayant fait le choix de calquer le montant de la garantie financière sur la limite « plafond » de la responsabilité de l'exploitant, cette dernière avait été déterminée en fonction de la capacité assurantielle¹⁸³³. Bien que ce principe de congruence ait survécu au passage à la limitation « plancher » introduite par le

¹⁸²⁷ *Convention de Paris* (2004), art. 10.a ; *Convention de Vienne* (1963,1997), art. VII.1.a.

¹⁸²⁸ Les garanties les plus souvent référencées restent la garantie bancaire et l'auto-couverture : voy. *Exposé des motifs* (1982), p. 12, § 49 : « la garantie financière peut prendre la forme d'une caution, d'avoir liquides, plutôt sans doute d'une assurance [...] ». Il a parfois également été envisagé de recourir au marché des capitaux internationaux pour rassembler un fonds important : voy. J.R TYRAN, P. ZWEIFEL, "Environmental Risk Internalisation Through Capital Markets – ERICAM : The Case of Nuclear Power", *Conférence annuelle de l'Association européenne du droit et de l'économie*, Londres, 17-19 septembre 1992. Il existe d'autres modalités de garanties financières, telle que la lettre d'intention, les garanties bancaires ou les sociétés de cautions mutuelles, lesquelles ne seront pas étudiées. Sur ces modalités voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 547 et ss ; A. S. Barthez, « Environnement, assurance et garantie », *Environnement*, 2009, n°6, dossier 8.

¹⁸²⁹ Voy. N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *op. cit.*, pp. 42-43.

¹⁸³⁰ Voy. *Convention de Vienne* (1963,1997), art. VII.2. Cela n'est pas explicitement précisé dans la Convention de Paris mais résulte de la logique du texte : voy. P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine catastrophique et industrielle*, *op. cit.*, p. 123. Il ne faut cependant pas se méprendre sur le recours de l'État aux assurances. L'adage selon lequel « l'État est son propre assureur » n'est pas toujours une réalité pratique, du moins en France. L'État peut très bien recourir à l'assurance tant pour son administration centrale que décentralisée, et il le fait : voy. L. BAHOUAGNE, « Le principe selon lequel l'État est son propre assureur », *RFDA*, 2014, pp. 1167-1177 ; H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 225-227.

¹⁸³¹ P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine catastrophique et industrielle*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁸³² *Convention de Vienne* (1963,1997), art. VII.1.

¹⁸³³ *Convention de Paris* (1982), art. 10.a.

Protocole de 2004, l'incertitude entourant la disponibilité assurantielle des montants a néanmoins motivé les rédacteurs à consacrer ce recours résiduel aux fonds publics. Ainsi la Convention de 2004 prescrit toujours le maintien par l'exploitant d'une garantie à hauteur du montant de sa responsabilité. Cependant, le texte dispose également que l'État sera tenu d'assurer le coût des indemnités pour les dommages reconnus comme étant à charge de l'exploitant s'il devait apparaître *ab initio* une insuffisance de sa couverture assurantielle ou *ex post* une défaillance de son assureur (ou de toute autre garantie financière)¹⁸³⁴.

451. Les difficultés suscitées par ce recours aux fonds publics. Une difficulté apparaît ainsi lorsque cette intervention *in fine* assurantielle de l'État au soutien de l'exploitant se confond avec les autres modalités de son intervention. Théoriquement, cette situation devrait en effet être distinguée de celle dans laquelle l'État a fixé *ab initio* le *quantum* de la responsabilité de l'exploitant à un montant inférieur à celui prévu par les conventions et s'oblige à assumer la différence¹⁸³⁵. Elle devrait ensuite être distinguée de celle dans laquelle l'État intervient comme un débiteur complémentaire, c'est-à-dire au-delà des limites fixées par les conventions *princeps*, en raison de l'application des conventions « satellites » que sont la Convention complémentaire de Bruxelles et la Convention sur la réparation complémentaire¹⁸³⁶. Enfin, et surtout, cette difficulté ressurgit en des termes singuliers lorsque la responsabilité de l'exploitant s'avère illimitée.

En dépit du choix des rédacteurs de la Convention de Vienne d'opter pour une limitation plancher de la responsabilité, ceux-ci ne s'étaient, en effet, guère attendus à ce que le droit national d'un État institue une responsabilité illimitée de l'exploitant. Ils s'étaient dès lors peu préoccupés de la conciliation entre une responsabilité illimitée fixée par le droit national et les dispositions de la Convention fixant le montant de la garantie financière. Cette omission a été corrigée lors du Protocole de 1997 puisque ce dernier est venu obliger les États ayant fait ce choix à imposer une garantie financière aux exploitants au minimum égal au(x) montant(s) fixé(s) par les dispositions conventionnelles¹⁸³⁷. De même, parce que « l'institutionnalisation »¹⁸³⁸ du recours à une responsabilité illimitée a constitué le *leitmotiv* du passage d'une limite plafond à une limite plancher dans le cadre de la Convention de Paris de 2004, ses rédacteurs sont parvenus à une solution similaire¹⁸³⁹. Cette dernière hypothèse, dans laquelle les fonds alloués par l'État visent à assurer l'exploitant responsable

¹⁸³⁴ *Convention de Paris* (2004), art. 10.a. et 10.c. Il convient d'ailleurs de relever que cette solution a très tôt été celle du droit français : voy. *Loi n° 68-943 du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, JO, 31 octobre 1968, art. 8 : « si les victimes d'un accident nucléaire ne peuvent obtenir de l'assureur, du garant financier ou de l'exploitant, réparation de leurs dommages, la charge de celle-ci est subsidiairement supportée par l'État à concurrence du montant fixé ».

¹⁸³⁵ Voy. *supra* 1, a et b.

¹⁸³⁶ Sur ces mécanismes, voy. *infra* C.

¹⁸³⁷ L'emploi du pluriel est commandé par le fait que ce minimum peut concerner aussi bien le montant pour ainsi dire « commun » et celui applicable aux installations présentant un risque réduit : voy. *Convention de Vienne* (1997), art. VII ; *Textes explicatifs*, p. 52 ; V. LAMM, « Le protocole d'amendement de la Convention de Vienne de 1963 », *op. cit.*, p. 201

¹⁸³⁸ R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions », *op. cit.*, p. 255. Cette institutionnalisation devait ainsi permettre d'éviter aux États de recourir « à des trésors d'imagination » pour interpréter la Convention d'une manière qui soit compatible avec ceux qui en avait déjà fait le choix, à l'instar de l'Allemagne qui avait introduit ce principe dès 1985, et ce non sans difficultés : voy. J. SCHWARTZ, « Le droit international de la responsabilité civile nucléaire : l'après Tchernobyl », *op. cit.*, p. 59 ; N. Pelzer, « Les principaux aspects du régime international révisé de responsabilité civile nucléaire – les avancées et les blocages », *op. cit.*, p. 404.

¹⁸³⁹ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 10.b) ; *Acte final de la Conférence sur la révision de la Convention de Paris*, *op. cit.*, p. 84, § 34.

illimité au-delà de son obligation de garantie financière, doit ainsi achever de brouiller les frontières entre limite de réparation, *quantum* de responsabilité et obligation de garantie imposés à ce dernier.

Pour cela, ces différentes modalités d'intervention de l'État, et à travers lui, de la collectivité tout entière, seront donc appréhendées ensemble ; leur juxtaposition étant le moyen le plus prégnant de révéler la différenciation de leurs justifications.

B. L'intervention accessoire de l'État hôte

452. Une intervention protéiforme de l'État. L'État intervient à différents stades de la mise en œuvre du régime de responsabilité civile nucléaire. Il est la seule autorité compétente pour désigner, par l'octroi d'une licence ou d'une autorisation, la personne privée destinataire de la responsabilité exclusive. Il est, ensuite, le contrôleur de la capacité de cette personne privée à assurer la réparation des dommages subis par les victimes d'un potentiel accident nucléaire¹⁸⁴⁰. Enfin, il peut participer à la réparation du dommage nucléaire. Or, toute intervention de l'État, dans n'importe quel domaine, soulève des problèmes de droit public, et, le cas échéant, de droit international public. Dans le cadre de notre étude, cette intervention de l'État autorise spécifiquement à interroger les conditions dans lesquels il peut être amené à intervenir en tant que personne responsable ou non. Certes, lorsque l'État gère lui-même l'exploitation d'une installation nucléaire, il est directement et immédiatement responsable des dommages causés. Il est, en effet, l'exploitant nucléaire au sens conventionnel, et est pour ainsi dire « "déguisé" en personne privée »¹⁸⁴¹. Il accepte sa « sécularisation intégrale » dans ce sens qu'il se soumet aux conventions sans se prévaloir sa qualité d'État souverain, sans revêtir la « toge pourpre de l'imperium ». Son activité d'exploitant est ainsi considérée comme activité de *jure gestionis*. En dehors de cette hypothèse, l'engagement de la responsabilité de l'État sur le territoire duquel se trouverait l'installation impliquée dans la survenance d'un accident nucléaire pourrait trouver d'autres fondements et peut intervenir au sein de différents ordres juridiques. L'État sera, par exemple, susceptible d'engager sa responsabilité internationale s'il devait avoir violé une de ses obligations internationales selon les règles du droit international public¹⁸⁴². Cette possibilité avait d'ailleurs été envisagée lors de l'accident de Tchernobyl, sans toutefois avoir été mise en œuvre¹⁸⁴³. En faisant, à l'instar des tribunaux japonais, fi du principe de canalisation, sa responsabilité administrative, selon les règles et les procédures de droit interne, pourrait également être engagée compte tenu d'une faute qui lui serait imputé, par exemple une carence fautive dans son devoir de

¹⁸⁴⁰ Rappelons, en effet, que c'est à l'autorité publique compétente qu'il incombe le soin de fixer les conditions et les modalités de la garantie financière en s'assurant, par exemple, que les polices d'assurances ne contiennent pas de clauses les rendant inopérantes.

¹⁸⁴¹ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., p. 125

¹⁸⁴² Rappelons que les conventions s'appliquent sans préjudice de la responsabilité internationale des États : *Convention de Paris* (2004), art. 16 bis ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XVIII. Sur la responsabilité internationale de l'État, outre les développements qui pointeront en Partie II, voy. CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *ACDI*, 2001, vol. II(2).

¹⁸⁴³ La question s'était en effet posée en rapport aux indemnités versées par les États tiers à leurs propres ressortissants (notamment la RFA, le Royaume-Uni et la Suède). Néanmoins, et outre un contexte politique tendu, l'insuffisance de bases juridiques leur permettant de fonder la responsabilité de l'URSS et la complexité technique d'une telle action avaient découragé les États concernés d'agir, bien que certains États s'en soient réservés le droit : voy. P. SANDS, *Chernobyl : law and communication : transboundary nuclear air pollution – the legal materials*, Grotius, Cambridge, 1988, p. 27 ; R. LEFEBER, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 242 ; J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, op. cit., p. 166 et P.-M. DUPUY, « Droit international public » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 240 évoquant sur ce point une « solidarité honteuse ».

prévention¹⁸⁴⁴. Mais il est, au-delà de ces hypothèses, des situations dans lesquelles l'État participera à la réparation du dommage nucléaire, quand bien même il ne se verrait, en apparence, imputer aucun fait générateur de responsabilité. Dans ces hypothèses, l'État n'assumerait pas les actes commis par ses organes ou agents. Il serait le substitut de l'exploitant, « l'assureur » de certains risques sociaux »¹⁸⁴⁵. Bien qu'un auteur des plus autorisés ait pu qualifier cette hypothèse de « responsabilité différée »¹⁸⁴⁶, il serait en réalité difficile d'évoquer ce terme dans ce contexte à défaut de trouver un quelconque fondement à cette intervention.

Cependant, l'étude de l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire présente un caractère complexe commandant une certaine prudence dans son appréhension. Ainsi, qu'il soit admis que ces interventions résultent directement de la volonté des rédacteurs des conventions, laquelle en constitue le fondement immédiat, et que, d'un point de vue procédural, la Convention ne prévoit aucune substitution de l'exploitant responsable par l'État¹⁸⁴⁷, les justifications médiates de ce choix ont pu interroger.

453. Plan. Aussi, il conviendra de montrer que si l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire a fait l'objet de débats théoriques (1.), c'est que ses justifications devaient, en réalité, différer selon les circonstances de son application (2.).

1. Une intervention aux justifications discutées

454. Plan. Dès l'élaboration des conventions de Vienne et de Paris, c'est-à-dire avant que ne soient adoptées la Convention de Bruxelles puis la Convention sur la réparation complémentaire, le principe de l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire était déjà chose acquise. Pourtant, ce recours aux fonds publics a fait l'objet de questionnements tant il est resté difficile de lui trouver une quelconque justification juridique, c'est-à-dire autre chose que le fruit d'une construction artificielle par laquelle l'État devait assumer la gestion administrative d'une indemnisation relevant, pour une raison obscure, de la collectivité (a.). À bien y regarder, c'est effectivement une explication que l'exemple du droit français pourrait aujourd'hui participer à confirmer partiellement (b.).

a. Les débats contemporains à l'adoption des conventions

455. Les arguments des opposants à l'intervention l'étatique. En cas de cataclysmes dû à des forces naturelles ou à des actes de guerre, il est bien souvent légitime que l'État intervienne pour indemniser les victimes. En cas de catastrophes liées à la défaillance d'une activité à risque, la légitimité de son

¹⁸⁴⁴ Sur la responsabilité de l'État japonais dans le cadre de l'accident de Fukushima voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1, B, 1, b. et sur la responsabilité administrative dans le domaine des activités à risque *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 1.

¹⁸⁴⁵ J. KNESTSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 233 et déjà dans ce sens M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e ed., 1933, reimp. 2002, Paris, Dalloz, pp. 536 et ss

¹⁸⁴⁶ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 125

¹⁸⁴⁷ L'exploitant restant *a priori* la seule figure responsable dans la limite de sa responsabilité, il reste que L'INLEX s'était posé la question de savoir qui doit être poursuivi en cas d'accident causant un dommage dépassant la limite de la responsabilité de l'exploitant. Il a reconnu que dans certains pays l'établissement d'une limite de la responsabilité de l'exploitant inférieure au montant de réparation alloué au titre de la Convention pouvait susciter des questions quant à la personne contre laquelle devrait se retourner une victime et a conclu qu'il incombait aux parties contractantes l'obligation de prendre des dispositions pour que son droit national résolve toute question de cet ordre, de sorte que les victimes n'aient pas à entamer des procédures distinctes selon l'origine des fonds destinés à la réparation : voy. *Textes explicatifs*, p. 104, note 310. Cela est d'ailleurs conforme aux exigences de la *Convention de Vienne* (1997), art. V.B et V.C.

intervention apparaît cependant plus délicate à asseoir. Certains ont ainsi tenté de justifier ce passage de la responsabilité individuelle à une réparation par la collectivité par le bénéfice qu'apporte le progrès technologique à cette dernière¹⁸⁴⁸. Ils se sont pourtant vite trouvés confrontés aux arguments de ceux pour qui cette justification se serait avérée *a priori* en contradiction avec la théorie du risque, voire, si l'on autorise une comparaison anachronique et partiellement applicable, avec le principe du pollueur-payeur¹⁸⁴⁹. Pour ces derniers, le fait que l'État permette dans l'intérêt général la construction d'une nouvelle industrie privée ne pouvait en effet suffire à justifier qu'il engage ses fonds en cas d'accident ultérieur. Le passage d'État « policier » à une « caisse de mutuelle » signifiait la socialisation d'un risque que, par principe, chacun devait assurer lui-même¹⁸⁵⁰, et qui en toute hypothèse, reposait sur un caractère discrétionnaire :

« [e]ntre les risques d'une fabrique d'explosifs ou d'une fabrique de gaz et les risques d'un réacteur, il n'y a qu'une différence de degré et on peut se demander ce qui est le plus sûr : la fabrique de gaz ou le réacteur. Les deux établissements sont dans l'intérêt général, pourquoi admettre une responsabilité de l'État dans un cas et non dans l'autre »¹⁸⁵¹.

De plus, cette solution aurait été à l'encontre même du principe de non-discrimination au cœur des régimes conventionnels, voire « à l'encontre de la finalité suprême du droit positif [supposé] établir l'ordre et assurer la justice »¹⁸⁵². Parce que le risque « socialisé » pouvait rapidement glisser vers un risque « nationalisé »¹⁸⁵³, cette intervention de l'État assureur n'aurait en effet été réservée qu'à ses ressortissants, excluant par-là les victimes étrangères. En résumé, l'intervention de l'État ne pouvant se justifier que sur un plan social ou économique, il n'aurait pas eu sa place « dans le cadre du système de responsabilité », et ce au risque « de compliquer les données initiales du problème »¹⁸⁵⁴.

456. Les contre-arguments des partisans de l'intervention étatique. Les partisans d'une intervention étatique dans la réparation du dommage nucléaire ont tenté de réfuter ces arguments, à la fois sur le plan social, sur le plan économique, sur le plan politique et sur le plan juridique. Seul ce dernier point retiendra notre attention, puisqu'il n'est pas permis (et quoique¹⁸⁵⁵) de douter de l'intérêt économique que peut représenter cette intervention étatique pour le développement de l'énergie nucléaire, ou

¹⁸⁴⁸ Voy. G. NONNEMACHER, *Vers un droit atomique*, 1956, p. 44 pour qui « le principe élémentaire de la Justice sociale exige que la réparation de préjudice ainsi causé [sic] soit assurée par la communauté sociale qui bénéficie des bienfaits de la recherche scientifique, de la production et de l'énergie nucléaire » et dans le même sens C. DEBIEUX, *La responsabilité civile des exploitants d'installation nucléaire et sa couverture*, thèse, Fribourg, 1986, p. 165 ; J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, Paris, Mare & Martin, 2013, p. 220.

¹⁸⁴⁹ L'on date le principe du pollueur-payeur de 1972 alors que, pour exemple, la Convention de Bruxelles organisant la réparation complémentaire a été adoptée en 1963. Qui plus est, il faut rappeler notre précédente objection à la mobilisation de ce principe qui ne nous paraît pas pertinente en dehors du cadre environnemental, lequel ne constitue pas la priorité des conventions : voy. *supra* note n°1310.

¹⁸⁵⁰ Voy. J. HÉBERT, *La responsabilité au sens du droit nucléaire*, Paris, 1962, Tome 2, p. 382 et ss ; J. BARRY, *L'énergie nucléaire face au droit*, *op. cit.*, p. 271 et ss ; AEEN, « L'intervention de l'État dans la réparation des dommages causés par les installations nucléaires », *Rapport du groupe d'experts du Comité de Direction de l'AEEN*, 4 mars 1958, pp. 4 et ss ; M. PEROLO, « L'assurance du risque nucléaire », Congrès de Lausanne 30 juin-8 juillet 1958 retranscrits par M.-C. CAMIER, *Responsabilité et assurances du risque atomique dans les droits européens*, *op. cit.*, pp. 77-78 et ss et Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 380.

¹⁸⁵¹ M.-C. CAMIER, *Responsabilité et assurances du risque atomique dans les droits européens*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁸⁵² Voy. Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 383 faisant référence à G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 133 ; *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, pp. 3, 26, 289.

¹⁸⁵³ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 514.

¹⁸⁵⁴ Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 385 ; M. PEROLO, « L'assurance du risque nucléaire », *op. cit.* retranscrits par M.-C. CAMIER, *Responsabilité et assurances du risque atomique dans les droits européens*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁸⁵⁵ À la vérité, il serait permis d'en douter quand il apparaît que le coût vient *in fine* se reporter sur la collectivité. Ce sera d'ailleurs l'objet de développements ultérieurs.

même encore de son intérêt social¹⁸⁵⁶. Sur le plan juridique, les arguments en faveur d'une intervention étatique semblaient donc s'articuler autour du rôle d'un État « contrôleur ». Par une application implicite de la théorie du risque à la Puissance publique, certains auteurs ont donc considéré que l'État tirait sa responsabilité de la permission octroyée à l'exploitant de procéder à son activité. L'État qui avait donné cette autorisation devait ainsi accepter un devoir réciproque, une fois les autres moyens disponibles épuisés, d'indemniser la population subissant un dommage en raison de cette décision. Ici apparaissait ainsi l'idée de « responsabilité différée » de Pierre-Marie DUPUY lequel écrivait ainsi que

« dans l'hypothèse d'une responsabilité différée [...], et bien qu'il [l'État] intervienne toujours dans un cadre conventionnel de droit international privé, c'est en raison de la garantie et du contrôle qu'il exerce, à titre de Puissance publique, sur les activités nucléaires développées sur son territoire ou sous son pavillon que l'État intervient [...] L'inspiration d'un tel régime paraît bien en effet celle de la responsabilité pour risque, dans laquelle le caractère objectif et absolu de l'obligation de réparation intervient comme une contrepartie du risque créé »¹⁸⁵⁷.

Dans l'ordre juridique international, une telle hypothèse n'est effectivement pas sans rappeler celle dans laquelle l'État verrait sa responsabilité engagée en raison des dommages causés par des activités entreprises sur son territoire ou sous son contrôle sur le fondement, notamment, de la violation de l'utilisation non dommageable du territoire. Elle s'en éloigne toutefois eu égard au fait que l'engagement de la responsabilité de l'État ne suppose ici aucun fait illicite résultant du manquement à un devoir de *diligence due*¹⁸⁵⁸. L'intervention de l'État n'est conditionnée qu'à l'épuisement de la responsabilité de l'exploitant, voire à la défaillance de ce dernier. Elle serait juridiquement indépendante de son comportement. Néanmoins, un tel argument pourrait ne pas suffire à tempérer cette justification à un moment où devait émerger – en droit international – l'idée d'une responsabilité *même sans illicéité* des États pour les activités que le droit international n'interdit pas. Dès lors, il aurait effectivement été aisé de voir l'acte par lequel l'État aurait autorisé l'exploitation de l'installation nucléaire comme « un chaînon dans le lien de causalité du dommage survenu »¹⁸⁵⁹. L'argument peut toutefois pouvoir faire l'objet de deux objections. D'une part, l'intervention de l'État dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire n'est d'aucune manière conditionnée par la survenance d'un accident aux conséquences transfrontières. Intrinsèquement lié à l'idée d'un « droit international de voisinage », cet état de fait était, à l'inverse, la *ratio legis* de la responsabilité (avortée) internationale *sine delicto*. Dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, l'intervention étatique vaut aussi bien pour les dommages subis par ses propres ressortissants que pour ceux qui seraient subis par des ressortissants étrangers, qu'ils se situent sur son territoire ou sur le territoire d'autres États. Si

¹⁸⁵⁶ Voy. AEEN, « L'intervention de l'État dans la réparation des dommages causés par les installations nucléaires », *op. cit.*, pp. 4 et ss ; M.-C. CAMIER, *Responsabilité et assurances du risque atomique dans les droits européens*, *op. cit.*, pp. 78-79 ; W.E. BELSER, « Examen des solutions apportées par les lois nationales et les conventions internationales sur la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire », *op. cit.*, pp. 82-83 ; Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 388-391.

¹⁸⁵⁷ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, pp. 125-126. Dans le même sens voy. W.E. BELSER, « L'assurance des risques atomiques », Rapport du Centre d'Étude de la Commission permanente du Risque atomique, Comité Européen des assurances, *Bulletin d'information n° 10*, p. 68 et rapprochez avec L. LA FAYETTE, « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », *BDN*, vol. 50, 1992/2, p. 19

¹⁸⁵⁸ Voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2.

¹⁸⁵⁹ Voy. Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 391 ; J. BARRY, *L'énergie nucléaire face au droit*, *op. cit.*, p. 275 ; M.-C. CAMIER, *Responsabilité et assurances du risque atomique dans les droits européens*, *op. cit.*, pp. 79 – 80.

cette condition « transfrontière » n'apparaît qu'explicitée qu'au sein de la Convention sur la réparation complémentaire, force est d'admettre que cette dernière constitue, pour le coup, un véritable régime de solidarité¹⁸⁶⁰. D'autre part, le régime de responsabilité civile nucléaire constitue un régime de droit international privé au sein duquel l'État, agissant comme un fournisseur d'indemnisation, se cache derrière la personne de l'exploitant *primo* responsable suivant les voies du droit international privé. Il ne s'agissait donc nullement d'invoquer une responsabilité de type international matérialisée par une relation d'État à État. Il suffira d'ailleurs pour s'en convaincre de relever le fait que les conventions, de leurs mots mêmes, n'entendent d'aucune manière affecter les règles régissant ce domaine¹⁸⁶¹. À dire vrai, l'idée même qui sous-entendait cette idée de risque étatif, et que l'on retrouvait déjà chez d'anciens auteurs¹⁸⁶² aurait de toute façon été – sans principe régulateur – excessivement dangereuse¹⁸⁶³.

Dans l'ordre juridique interne, cette intervention étatique aurait constitué une exception à la règle universellement admise selon laquelle l'État ne répond pas de tous les inconvénients de ses actes légaux : « par pétition de principe, l'État législateur n'est jamais fautif »¹⁸⁶⁴. Pour cela, c'est en se référant à la doctrine administrativiste allemande de « [l']*Aufopferungsanspruch* » (le droit d'indemnisation en cas de sacrifice spécial¹⁸⁶⁵) que les auteurs en appelaient à une « responsabilité accessoire » de l'État¹⁸⁶⁶. Ce principe n'étant alors pas sans rappeler le principe de rupture d'égalité devant les charges publiques, qui participe, en droit administratif français, à fonder un pan de la responsabilité administrative *même sans faute*, il justifiera que nous nous autorisons à réfléchir à la pertinence de ces arguments par le prisme de cette dernière. En effet, le régime de responsabilité civile nucléaire n'est pas le seul dans lequel la puissance publique peut être amenée à intervenir dans la réparation d'un dommage causé par l'activité d'une personne privée en droit français. À son aune, il est ainsi permis d'en mesurer toute la complexité.

b. Une relecture des débats au prisme du droit administratif français

457. Une tentative de justification par le prisme du droit des ouvrages publics. S'il est difficile de trouver un fondement juridique à l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire, cela n'est pas une problématique lui étant exclusive. Elle est bien connue des administrativistes Français, et a fait l'objet de nombreux travaux¹⁸⁶⁷. L'émergence et la singularité de régimes spéciaux,

¹⁸⁶⁰ Voy. *Convention sur la réparation complémentaire*, art. XI.

¹⁸⁶¹ voy. *Convention de Paris* (1982), annexe II ; *Convention de Paris* (2004), art. 16 bis ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XV.

¹⁸⁶² Voy. principalement M. RÉGLADE, « Les perspectives qui ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement du droit international public », *RGDIP*, vol. 37, 1930, pp. 381-419, et plus généralement sur la doctrine du risque étatif P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., pp. 19-23.

¹⁸⁶³ Sur ces questions, voy. les développements *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2.

¹⁸⁶⁴ D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, PUF, 2015, pp. 456-458. Il s'agit là d'une référence à l'État législateur comme celui autorisant l'exploitation de l'énergie nucléaire. Cet argument ne vise pas la faute de l'administration lorsqu'elle accorde spécifiquement une autorisation.

¹⁸⁶⁵ Voy. R. HERZOG, « Discours d'ouverture » in OCDE/AEN, *La responsabilité civile et l'assurance*, *Symposium de Munich*, op. cit. pp. 15.

¹⁸⁶⁶ Voy. M.-C. CAMIER, Responsabilité et assurances du risque atomique dans les droits européens, op. cit., p. 81 ; Z. EL SHAARAOUI, Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire, op. cit., p. 391 ; A.E.E.N., « L'intervention de l'État dans la réparation des dommages causés par les installations nucléaires », op. cit., p. 6.

¹⁸⁶⁷ Voy. pour exemple : F. BOTTARO, *La réparation publique des dommages causés par une personne privée*, thèse, Paris 2, 489 p. ; J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative*, op. cit. ; T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, À la recherche de la

parfois rattachés à la catégorie de la responsabilité administrative *même sans faute* ont, en effet, perturbé les données de ce droit :

« tantôt analysée comme une application de la théorie du risque, tantôt perçue comme la résultante du principe d'égalité devant les charges publiques, la responsabilité sans faute de l'État est imprégnée d'un pointillisme qui rend difficile les tentatives de systématisation [...] l'essor des régimes de responsabilité sans faute a fait naître une nouvelle forme de "responsabilité" de l'État dont le propre est de faire supporter à la communauté publique représentée par l'État la charge de l'indemnisation de dommage que l'administration n'a pas causé »¹⁸⁶⁸.

Aussi, si le terme de responsabilité a pu subsister, ce droit s'inscrit plus que jamais dans un système complexe où se trouvait déjà, aux côtés du responsable et de la victime, l'assureur, et où se trouve désormais la collectivité. Le principe de responsabilité ne devrait dès lors pas être tenu pour la source principale de ces hypothèses, quoiqu'à bien y regarder l'image de la responsabilité subsidiaire de l'État en cas de dommages causés par l'exploitation minière¹⁸⁶⁹, mais plus encore par un ouvrage public puisse se dessiner au sein du régime de responsabilité civile nucléaire. Pour certains, il en constituerait même un régime d'exception¹⁸⁷⁰. Il faut dire que c'est dans ce même « esprit de solidarité »¹⁸⁷¹ entre la personne publique et la personne privée qu'a pu s'appréhender le droit des ouvrages public ; cela bien avant que ne soit envisagée l'énergie nucléaire ou que ses solutions ne soient étendues à toutes les autres formes de délégation de service public¹⁸⁷².

458. Plan. Pour cela, il s'agira de tenter de rechercher une justification à cette intervention dans les théories avancées dans ce domaine, lesquelles pourraient *mutatis mutandis* se retrouver dans le régime international de responsabilité civile nucléaire (i.) avant d'en éprouver les limites (ii.).

- i. Une comparaison opportune avec le droit des ouvrages publics

459. L'existence d'un principe de responsabilité subsidiaire. Dans ce domaine historiquement dominé par la figure du contrat de concession, le principe a été rapidement admis que la personne publique qui délègue l'exploitation d'un ouvrage public à une personne privée lui transfère la responsabilité du fait de cet ouvrage¹⁸⁷³. Toutefois, la personne publique pouvait voir sa responsabilité *subsidièrement* engagée par les victimes devant le juge dès lors que le concessionnaire se trouvait

responsabilité sans fait, Paris, LGDJ, 2014, 448 p. ; B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, 490 p. ; M. GUENOU AHLIDJA, *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif français*, Poitiers, Presses universitaires juridiques de l'Université de Poitiers, 2018, 514 p.

¹⁸⁶⁸ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 234-235.

¹⁸⁶⁹ Dans ce domaine, le juge a en effet pu saisir l'occasion de voir dans l'intervention « subsidiaire » de l'État (CE, 4 février 2005, n°257 069, *Association des communes minières de France, T. Lebon* ; AJDA 2005, p. 792) un « régime spécifique de solidarité » : voy. CAA Douai, 28 mai 2014, n° 13DA00381, *Comm. d'aggl. De Len-Liévin* ; AJDA, 2015, note T. LEULEU, *op. cit.*, sp. p. 56.

¹⁸⁷⁰ Voy. J. PETIT, G. EVEILLARD, « L'ouvrage public – Régime », *JCL Propriété public*, fasc. 9, 2019, §§ 217-219 et rapprochez avec R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 511

¹⁸⁷¹ Voy. J-P. FERREIRA, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 271 et ss.

¹⁸⁷² Si le transfert de responsabilité tel qu'il sera étudié ici procédait initialement de « l'essence » du contrat de concession, le Conseil d'État n'aura cessé d'étendre cette perspective à d'autres formes de délégation de service public : voy. pour exemple CE, 13 nov. 1970, *Ville Royan*, *Rec. Lebon* 1971, p. 683. Le Conseil d'État a cependant toujours circonscrit l'application du mécanisme aux seules hypothèses de délégation *stricto sensu*, plus précisément celles dans lesquelles un contrat aurait pour effet de transférer la responsabilité de l'administration vers son cocontractant, et que ce transfert résulte de la nature du contrat ou de dispositions contractuelles spécifiques. Dans le cadre de la délégation contractuelle, le transfert de responsabilité apparaît donc aujourd'hui comme le critère législatif ultime : voy. *Code de la commande public*, art. 1121-1 ; F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, *Droits des services publics*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 350 et ss.

¹⁸⁷³ Voy. CE, 28 novembre 1934, *Cie tramways Lourdes*, *Rec. Lebon*, p. 1126 ; CE, 12 décembre 1941, *Stell*, *Rec. Lebon*, p. 219 et plus généralement J. PETIT, G. EVEILLARD, « L'ouvrage public – régime », *op. cit.* ; O. RENARD-PAYEN, « Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics – Mise en œuvre », *JCL Administratif*, fasc. 930, 2021 ; J-P. Dubois, « Travaux publics », *Répertoire de la responsabilité administrative*, 2021.

insolvable¹⁸⁷⁴. Constituant l'une des distorsions les plus remarquables du principe de responsabilité personnelle et individuelle, et dans le même temps la contribution la plus aboutie au mythe d'un « patrimoine public toujours solvable »¹⁸⁷⁵, la responsabilité subsidiaire de la personne publique comme apparaît néanmoins comme un objet juridique « singulier »¹⁸⁷⁶ et « autonome »¹⁸⁷⁷. S'analysant comme une « sorte de garantie publique terminale du paiement des dettes indemnitaires contractées par les personnes » [...] à qui les collectivités publiques ont délégué la réalisation d'une mission d'intérêt général »¹⁸⁷⁸, elle ne s'est jamais confondue avec aucun mécanisme existant. Reposant sur un transfert de l'obligation à la dette du délégataire vers le délégant, elle ne serait pas le résultat d'obligations conjointes, solidaires ou indivisibles nées d'un cumul de fautes ou de responsabilités¹⁸⁷⁹. Parce qu'elle ne peut intervenir qu'à la condition de l'insolvabilité du débiteur, la responsabilité subsidiaire n'organiserait également pas une substitution stricte de responsabilité. Elle s'est ainsi rapidement trouvée au cœur d'incertitudes taxinomiques amenant à douter de son existence en tant que mécanisme strict de responsabilité.

460. La théorisation de la responsabilité subsidiaire. Au cœur de ces incertitudes, quelques auteurs se sont ainsi particulièrement intéressés au mécanisme. Pour Jean-Louis OKI, la responsabilité subsidiaire aurait ainsi constitué un « mécanisme d'imputation comptable »¹⁸⁸⁰ au bénéfice des victimes reposant sur le lien contractuel existant entre le véritable responsable et le défendeur, en raison de la délégation de service public¹⁸⁸¹. À bien des égards, cette théorie simplifie l'appréhension du mécanisme. Elle aurait pu convaincre dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire où l'État n'intervient *a priori* que pour allouer des fonds, et ce à la différence du droit des ouvrages publics¹⁸⁸². Elle ne permet toutefois pas véritablement de justifications. En faisant reposer le mécanisme sur une obligation contractuelle tacite dont d'aucuns se sont défiés de reconnaître l'existence¹⁸⁸³ et que l'on ne saurait admettre *in globo* dans le cadre du régime de responsabilité civile

¹⁸⁷⁴ Voy. CE, 27 mai 1839, *Mériet*, *Rec. Lebon*, p. 306 ; CE, 18 mai 1872, *Ville de Meaux*, *Rec. Lebon*, p. 324 ; CE, 7 mars 1934, *Cie le Phénix*, *Rec. Lebon*, p. 311 et plus récemment CAA Bordeaux, 29 novembre 2018, N° 16BX00023. Certes, la responsabilité subsidiaire a dépassé ce cadre et s'est étendue aux délégations de services publics. Elle est cependant toujours présentée par les auteurs comme un héritage du droit des travaux publics : voy. L. BAHOUAGNE, « La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leurs délégataires insolubles », *RFDA*, 2017, p. 1150 ; J. MOREAU, H. MUSCAT, « Détermination du patrimoine public responsable », *JCL Administratif*, fasc. 836, 2011, § 29.

¹⁸⁷⁵ G. JÈZE, *Principes généraux de droit administratif*, II, 3^{ème} éd., 1930, reimp., Paris, Dalloz, 2003, p. 172.

¹⁸⁷⁶ J.-L. OKI, *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 756.

¹⁸⁷⁷ L. BAHOUAGNE, « La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leurs délégataires insolubles », *op. cit.*, p. 1149.

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 1149.

¹⁸⁷⁹ La dette contractée par le délégataire du service public à l'égard de la victime résulte en effet de l'engagement de sa seule responsabilité alors que l'action en responsabilité engagée contre la personne publique libère *de facto* l'ancien débiteur insoluble et transforme ainsi la contribution à la dette en obligation à la dette : voy. L. BAHOUAGNE, « La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leurs délégataires insolubles », *op. cit.*, p. 1153 ; G. BRAIBANT, concl. sur *Ville de Royan*, *op. cit.*, RDP 1971, pp. 745-746 et J.-L. OKI, *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques* *op. cit.*, pp. 726, 756 et pour nuance, au stade de l'action récursoire CE, 26 mai 1913, *Dame veuve de Madron*, *Rec. Lebon*, p. 575.

¹⁸⁸⁰ L'imputation comptable est un mécanisme qui ne porte pas sur l'attribution du fait générateur à son auteur, mais sur l'attribution de la dette de responsabilité. L'imputation est alors qualifiée de comptable car elle vise uniquement à mettre le paiement d'une somme d'argent au compte d'un débiteur : voy. J.-L. OKI, *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, thèse, Bordeaux, 2017, p. 44 ; F. LEDUC, « Causalité et imputation », *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁸¹ Voy. J.-L. OKI, *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 575, 765.

¹⁸⁸² Dans le cadre du régime des ouvrages publics, la responsabilité subsidiaire suppose une action procédurale ne pouvant se confondre véritablement avec une action en garantie *stricto sensu* : voy. G. BRAIBANT, concl. sur CE, *Ville de Royan*, *op. cit.*, p. 741 : « vous devriez, sur l'action de la victime, réexaminer entièrement l'affaire et appliquer les principes du droit public à la détermination des responsabilités comme à l'évaluation du préjudice ».

¹⁸⁸³ Voy. J.-F. OUM OUM, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, n° 606-607 ; F. BOTTARO, *La réparation publique des dommages causés par une personne privée*, *op. cit.*, p. 246.

nucléaire¹⁸⁸⁴, cette théorie apparaît ainsi purement descriptive. Aussi, pour Louis BAHOUÛNE, « l'imputation de la charge de la contribution à la dette serait guidée par une relecture extracontractuelle des rapports entre la collectivité publique et son délégataire à l'aune de la notion de service public »¹⁸⁸⁵. Suivant l'idée selon laquelle « lorsqu'il y a service public, on ne peut supprimer toute dépendance à l'égard de la puissance publique »¹⁸⁸⁶, la subsidiarité manifesterait ainsi le « lien organique minimal qui existe entre le service public et la personne publique qui l'assume indirectement »¹⁸⁸⁷. Il en résulterait que la responsabilité subsidiaire ne serait en réalité que la conséquence d'un « transfert imparfait » : celui par lequel la personne publique aurait délégué une activité à une personne privée et ainsi « imparfaitement » transféré la responsabilité pour les dommages en résultant¹⁸⁸⁸. Renvoyant à la comparaison ayant initié cette étude, cette responsabilité subsidiaire (résultat d'un transfert imparfait) trouverait alors son véritable fondement dans la rupture d'égalité devant les charges publiques. La personne publique assumerait *in fine* la responsabilité d'une activité ayant servi l'intérêt général et ayant créé un dommage dont l'anormalité¹⁸⁸⁹ résulterait « d'une conjonction entre l'insolvabilité du délégataire et l'application des règles de la responsabilité administrative visant à priver la victime de toute indemnisation »¹⁸⁹⁰.

Cette vision des choses permettrait alors d'expliquer plus clairement le lien d'imputation comptable entre, non pas le responsable et la personne publique, mais entre l'activité dommageable et la personne publique délégante laquelle assume (et non « assure ») « le *risque* qu'implique pour tout administré le fonctionnement des services publics »¹⁸⁹¹. Elle rappelle ainsi, et dans une certaine mesure, au souvenir des débuts de l'énergie nucléaire et des justifications initiales du principe de canalisation¹⁸⁹². Davantage, si l'on considérait l'exploitation d'une installation nucléaire comme constituant factuellement un service public implicitement délégué, c'est-à-dire au-delà du seul cas des centrales reconnues comme telles par le Conseil d'État depuis la nationalisation d'EDF, elle fournirait même une explication à cette intervention étatique étudiée ici.

¹⁸⁸⁴ Cela reviendrait à revenir sur la volonté des rédacteurs des conventions. Ce n'est pas dire cependant qu'elle serait totalement inexistante, dès lors que des centrales nucléaires peuvent constituer en droit français un ouvrage public dont l'exploitation est déléguée à une personne privée : voy. *supra* Introduction § 26.

¹⁸⁸⁵ L. BAHOUÛNE, « La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leurs délégataires insolubles », *op. cit.*, p. 1153.

¹⁸⁸⁶ J. M. PONTIER, « La subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, p. 1528. Voy. également P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, p. 136 et L. BLUM, « Conclusions sur CE 11 mars 1910, *Cie générale française de tramways* », *RDP*, 1910, p. 269.

¹⁸⁸⁷ N. FOULQUIER, « Répartition des responsabilités en cas de dommages causés par un ouvrage public », *RJEP*, 2008, n° 652, comm 17.

¹⁸⁸⁸ A. CLAEYS, « Les transferts de responsabilité » in *La responsabilité administrative*, Travaux de l'AFDA, Paris, LexisNexis, 2013, p. 160 : « il est parfois soutenu que le véritable transfert de responsabilité s'opère lorsque la responsabilité de la personne publique est mise en jeu, celle-ci se substituant alors à celle de principe de l'organisme privé. Une telle interprétation reviendrait à admettre que les personnes publiques se désintéressent totalement des activités dont elles délèguent la gestion à des personnes privées. Or, c'est bien le transfert de compétence, de gestion qui entraînent le transfert de responsabilité. S'agissant des activités de service public, la responsabilité théorique initiale est toujours celle des personnes publiques. En cas d'insolvabilité de la personne privée, la responsabilité ne leur est pas transférée. Le transfert se trouve seulement neutralisé conformément à la logique de la subsidiarité » *contra* B. LEROUSSEAU, « La responsabilité des personnes privées gérant un service public administratif », *AJDA*, 1977, p. 409.

¹⁸⁸⁹ Rappelons en effet que l'anormalité et la spécialité constitue les conditions d'une responsabilité fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques.

¹⁸⁹⁰ L. BAHOUÛNE, « La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leurs délégataires insolubles », *op. cit.*, p. 1152.

¹⁸⁹¹ L. BAHOUÛNE, « Service public locaux – règles générales », *JCL Administratif*, fasc. 126-12, 2018, § 239.

¹⁸⁹² Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1, B, 1, a.

ii. Une comparaison avec le droit des ouvrages publics à l'opportunité limitée

461. Les limites apparentes de cette comparaison. Cela dit, on pourra certainement se voir objecter que le régime de responsabilité civile nucléaire ne prévoit pas une véritable responsabilité subsidiaire, car il n'y a pas véritablement de transfert de l'obligation à la dette. Les fonds publics sont alloués à l'exploitant qui demeure le responsable apparent au titre du régime, et ce quand bien même lesdits fonds pourraient intervenir au-delà du *quantum* de sa responsabilité. On pourra également se voir objecter qu'il s'agit là d'une interprétation biaisée de la volonté des rédacteurs des conventions, car nous l'envisageons ici par le seul prisme du droit français. Comme le soulignait effectivement Pierre-Marie DUPUY à l'encontre d'un argument peu ou prou similaire, ce cas ne saurait se vérifier dans les pays contractants¹⁸⁹³. Ces critiques éventuelles paraissent cependant pouvoir être tempérées dès lors que la volonté a été affichée de ne pas assimiler totalement le régime de responsabilité civile nucléaire à celui des ouvrages publics, mais d'identifier le point de rencontre entre les deux qui justifie que soit envisagée cette intervention dans la sphère de responsabilité de la personne privée : la gestion privée d'une activité d'intérêt général.

462. Les limites réelles de ces théorisations. Pour autant, il ne faut pas surestimer le rôle de cette proposition « comparative » qui ne relève ici que du domaine de la justification, et ne vise qu'à tenter de fournir une explication plus ou moins plausible à cette intervention de l'État. En effet, quoique l'on puisse juger de la pertinence de la rupture d'égalité devant les charges publiques à justifier l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire, d'aucuns ont déjà pu remettre en cause sa capacité à fonder les vrais cas de responsabilité administrative. Parfois envisagée comme une alternative à l'équité — à laquelle on a d'ailleurs également pu rattacher le principe de la responsabilité subsidiaire¹⁸⁹⁴ — la rupture d'égalité devant les charges publiques ne s'en ne distinguerait pas plus. Parce que l'anormalité du dommage peut tout aussi résulter du « sentiment de scandale et d'indignation que provoque l'énoncé de circonstances qui [l']ont entraîné »¹⁸⁹⁵, ce fondement ne se présenterait que dans une logique *a posteriori* rappelant plus la garantie que la responsabilité et apparaîtrait ainsi davantage comme une directive faisant « naître le sentiment que la réparation est impérative »¹⁸⁹⁶. Prenant en compte cet élément, et la procédure par laquelle intervient l'État dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, la situation ne se différencierait alors finalement que trop peu des hypothèses observées aujourd'hui : celles dans lesquelles la défaillance

¹⁸⁹³ Dans ce contexte, c'était le statut d'Etablissement public d'EDF qui servait de support d'explication à la responsabilité « différée » de l'État : voy. P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., p. 124.

¹⁸⁹⁴ Voy. L. BAHOUAGNE, « La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leurs délégataires insolubles », op. cit., p. 1152 ; J. M. PONTIER, « La subsidiarité en droit administratif », op. cit., p. 1528 et G. BRAIBANT, conclusion sous CE, *Ville de Royan*, op. cit. : « il serait conforme à l'équité d'autoriser la victime à se retourner contre la collectivité publique dont la responsabilité serait engagée à titre subsidiaire ». Il est d'ailleurs souvent considéré que la responsabilité administrative manifeste en effet une « propension à l'équité » cette dernière étant « à la base de tous les textes et de toutes les jurisprudences sur la responsabilité », voire « le fondement juridique sur lequel doit être bâtie la théorie de la responsabilité en général » : voy. respectivement N. GUYOMARCH, *L'équité dans la responsabilité administrative extra-contractuelle*, thèse, Toulouse 1, 2005, p. 37 ; G. BRAIBANT, « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité », *RFAP*, 1992, p. 688 ; G. JÈZE, « note sous CE, 10 janvier 1908, *Noiré et Bessac* », *RDP*, 2010, p. 669 *contra* la thèse de B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, op. cit.

¹⁸⁹⁵ M. JOUVIN, concl. sur CE, 7 mars 1958, *Secrétaire d'État à la santé publique c/Dejous*, *Rec. Lebon*, p. 153 ; *RFDA*, 1958, p. 1094 : ce qui caractérise le dommage anormal ce n'est pas tant l'ampleur du préjudice subi que le sentiment de scandale et d'indignation que provoque l'énoncé de circonstances qui ont entraîné le dommage ».

¹⁸⁹⁶ Voy. B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, op. cit., pp. 163-164.

d'une activité ayant engendré un grand nombre de victimes constitue une condition déterminante de leur prise en charge par une collectivité plus ou moins élargie¹⁸⁹⁷.

Aussi, bien que l'on ait ici tenté de comprendre et de reprendre les arguments de ceux qui cherchaient une justification juridique à l'intervention de l'État, le bilan n'est guère satisfaisant. Suivant l'intuition des auteurs contemporains à l'adoption du régime, il serait effectivement difficile de ne pas voir dans l'intervention de l'État qu'une contribution à la branche du droit qui, marquant la rupture entre responsabilité et réparation, devait concurrencer les droits de la responsabilité et en représenter « l'aveu d'impuissance »¹⁸⁹⁸. Il s'agit de l'*indemnisation sociale*¹⁸⁹⁹, voire de ce que certains ont identifié comme « la responsabilité sans fait de l'État »¹⁹⁰⁰, que l'on a pu fonder sur l'équité¹⁹⁰¹, mais qui pourrait tout aussi bien l'être sur la solidarité nationale¹⁹⁰², qui pourrait tout simplement exprimer la contrepartie du « consent[ement] [de l'État] à sacrifier une partie de [la] population dans l'intérêt général »¹⁹⁰³. Revendiquant l'autonomie du droit nucléaire, il ne resterait alors peut-être plus qu'à se ranger définitivement du côté de ceux pour qui il fallait renoncer à trouver un quelconque fondement juridique à cette intervention. Cette recherche n'ayant qu'une « qu'une valeur académique »¹⁹⁰⁴, on pourrait alors se contenter de considérer que les rédacteurs de ce régime, en « dessin[ant] la couleur de ses règles et son système de responsabilité »¹⁹⁰⁵, ont simplement permis l'inscription de cette intervention dans le droit positif. Bien que nous soyons d'accord avec cette idée lorsqu'il s'agit de rechercher le fondement immédiat de cette intervention, cela n'exempte pas d'en chercher une

¹⁸⁹⁷ Les exemples sont nombreux sur ce point, qu'on pense aux fonds d'indemnisation mis en place dans le cas de drames sanitaires ou, tout simplement, pour faire face à l'accident de l'usine AZF de Toulouse. Dans ce cadre, la commission parlementaire chargée d'enquêter sur les conséquences de cet accident avait suggéré la mise en place d'un fonds d'indemnisation au titre de la solidarité nationale, qui serait intervenu sans attendre la mise en œuvre de la responsabilité civile des responsables. Finalement, nous aurons l'occasion de revenir dessus, c'est Total qui a payé la plupart des indemnités : voy. *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur*, doc. AN n° 3559, p. 131, et sur cette question en générale *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1.

¹⁸⁹⁸ M. DEGUERGUE, « Responsabilité sanitaire et responsabilité environnementale », *RDSS* 2019, p. 135.

¹⁸⁹⁹ L'indemnisation sociale est une notion permettant de décrire les mécanismes d'indemnisation reposant sur un transfert direct de la charge d'indemnisation depuis la sphère de la victime à une collectivité désignée par le législateur. Permettant de décrire le mécanisme des fonds d'indemnisation, elle ne leur est cependant pas exclusive. Elle peut également viser d'autres mécanismes, et notamment certains cas de responsabilité administrative que Didier TRUCHET qualifie de cas « de responsabilité sans fait ». Elle peut également se confondre avec certains régimes de responsabilité reposant sur une forte collectivisation de la réparation, tel que le régime de responsabilité civile nucléaire (comme le montreront les développements suivants). Sur la notion d'indemnisation sociale, voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 228 et ss ou encore F. KESSLER, « Complément ou substitution à la sécurité sociale – Essai sur l'indemnisation sociale comme technique de protection sociale », *Droit social*, 2006, p. 191 pour qui l'indemnisation sociale marque « la manifestation d'une reconnaissance particulière par l'État d'une situation de détresse résultant d'un préjudice subi lors d'une activité spécifique ou résultant d'une situation considérée comme particulièrement tragique ».

¹⁹⁰⁰ La formule a été employée par Didier TRUCHET et fait l'objet d'une thèse sous sa direction : T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique, À la recherche de la responsabilité sans fait*, *op. cit.* L'État ne faisant dans ces régimes de responsabilité qu'assumer l'indemnisation des dommages sans qu'un fait causal lui soit imputable, cette catégorie appartiendrait à celle de l'indemnisation sociale : voy. sur ce point J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 233-235.

¹⁹⁰¹ Voy. T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique, À la recherche de la responsabilité sans fait*, *op. cit.*, pp. 319 et ss ou J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 261 et ss.

¹⁹⁰² Voy. J.-M. PONTIER, « La responsabilité du fait du nucléaire » in J.M. PONTIER, E. ROUX (eds.), *Le contentieux du nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 142 pour qui il apparaît évident que le fondement de cette intervention devait relever « de la solidarité nationale ». Il s'agira d'ailleurs d'objecter toute critique sur ce fondement au vu de la référence à la nationalité qu'il implique. Cette référence, s'il a pu un temps avoir une portée idéologique, est aujourd'hui néanmoins privée de toute portée pratique. En aucun cas, elle ne s'exprime qu'à l'endroit des nationaux : voy. sur ce point J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 71-74, 87 et ss ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 220.

¹⁹⁰³ W. E. BELSER, « Examen des solutions apportées par les lois nationales et les conventions internationales sur la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire », *op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁰⁴ Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire : étude comparative*, *op. cit.*, p. 396. Voy. E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *op. cit.*, p. 682 ; Y. MARTIQUET, *L'autonomie du droit nucléaire*, Thèse, Université de Nîmes, 2015, pp. 257, 412.

¹⁹⁰⁵ Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire : étude comparative*, *op. cit.*, p. 396.

justification. Au-delà du fait qu'il nous soit permis de relativiser toute l'autonomie que l'on tend à accorder au droit nucléaire ou qu'il nous soit interdit d'abandonner tout effort de recherche (même si de seule « valeur académique »), admettre cette hypothèse reviendrait en effet à passer à côté d'un élément déterminant aux justifications susceptibles d'accompagner sa compréhension : le caractère véritablement protéiforme de cette intervention qui ne peut dès lors obéir à une lecture uniforme.

2. Une intervention aux justifications changeantes

463. L'impossible théorisation *in globo* de l'intervention étatique. Si le principe de responsabilité ne doit pas être tenu pour la source directe de toute intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire, le rôle tenu par la solidarité ou l'équité pourrait également être mis en doute. En fait, si aucune de ces théories ne rend entièrement compte de la réalité, c'est que la question des modalités ou de la nature de l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire doit davantage susciter l'intérêt. En ce sens, Zaki EL SHAAROUÏ distinguait deux séries d'hypothèses. Dans un premier cas, l'État intervenant dans la limite du *quantum* de la responsabilité de l'exploitant se comporterait comme un garant de paiement de l'exploitant, autrement dit comme un débiteur subsidiaire. Dans le second cas, l'État intervenant au-delà de la limite de la responsabilité de l'exploitant apparaîtrait comme le débiteur principal de l'indemnisation allouée¹⁹⁰⁶. Cette vision emportant certainement la conviction, elle commandera donc la structure des prochains développements.

464. Plan. Ainsi, il s'agira de rechercher des justifications à l'hypothèse dans laquelle l'État apparaît comme un débiteur subsidiaire (a.) et celle dans laquelle il apparaît comme un débiteur principal (b.).

a. L'intervention de l'État comme débiteur subsidiaire de la réparation

465. Plan. L'État peut apparaître comme un débiteur subsidiaire de la réparation dans deux hypothèses : celle dans laquelle on observerait une défaillance de la garantie financière de l'exploitant (i.) et celle dans laquelle il aurait ab initio consenti à une insuffisance de la garantie financière (ii.).

i. L'intervention de l'État en cas de défaillance de la garantie financière

466. Présentation de la situation. L'État prendrait le rôle d'un garant de paiement toutes les fois où il serait intervenu au soutien de l'exploitant pour répondre aux actions dirigées contre lui, dans les limites de sa responsabilité¹⁹⁰⁷. Il en serait ainsi dans tous les cas dans lesquels l'assurance ou la garantie financière de l'exploitant s'avèrerait *ex post* défaillante, voire que l'exploitant n'en ait jamais souscrit, ou que l'assurance ait refusé de couvrir certains accidents¹⁹⁰⁸. Dans ces hypothèses, prévues par la Convention de Vienne et, désormais, par la Convention de Paris, il ne fait effectivement aucun doute que l'État intervient bel et bien comme un débiteur subsidiaire¹⁹⁰⁹. Si le montant de la garantie

¹⁹⁰⁶ Voy. Z. EL SHAAROUÏ, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, *op. cit.*, p. 397.

¹⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 398-399.

¹⁹⁰⁸ Tel est le cas, bien que situé en dehors du régime conventionnel, des assureurs japonais qui refusent de couvrir les accidents nucléaires en lien avec une catastrophe naturelle. Cela a donc mené à des conventions d'indemnisation conclues entre l'État japonais et les exploitants pour couvrir les dommages causés par un tel accident : voy. OCDE/AEN, « Le cadre réglementaire et institutionnel japonais dans le contexte de l'accident de Fukushima », *BDN*, vol. 87, 2011/1, p. 48.

¹⁹⁰⁹ *Convention de Vienne* (1963,1997), art. VII.1) ; *Convention de Paris* (2004), art. 10.c.

financière (G) est égal au montant du *quantum* de la responsabilité (Q), et que « x » matérialise la défaillance, la situation peut ainsi être schématisée comme suit :

$$Q = G = (G - xG) + \text{fonds publics}$$

467. Analyse de la situation. Dans cette hypothèse, bien que l'insolvabilité pratique de l'exploitant puisse faire écho à celle du délégataire de service public, l'intervention de l'État invite surtout à réfléchir sur le fait d'y voir dissimulée une manifestation de sa responsabilité. Rappelons, en effet, que si l'État intervient à ce titre dans la réparation du dommage nucléaire, il est également supposé contrôler la forme, l'étendue et le montant de la garantie financière de l'exploitant¹⁹¹⁰. Dès lors, la question devrait légitimement se poser de savoir si ce rôle d'assureur de l'exploitant n'est pas la contrepartie du manquement à cette obligation de contrôle qui prendrait, dans l'ordre interne, la forme d'une carence fautive, et dans l'ordre juridique international, qui n'accepte pas cette notion de faute, un manquement à une obligation internationale lui incombant — quoiqu'il faudrait encore conférer ce caractère aux dispositions en cause¹⁹¹¹.

Néanmoins, outre que l'exploitant nucléaire reste le responsable identifié, le droit à réparation a un contenu limité et il ne saurait être déduit l'engagement de la responsabilité de l'État du fait du défaut d'une créance exécutoire dû à l'insolvabilité d'un débiteur privé¹⁹¹². Enfin, et surtout, envisager cette intervention par le prisme d'une telle responsabilité reviendrait à considérer que la réparation accordée aux victimes résulte de l'imputation à l'État d'un « dommage de réparation » né de l'insolvabilité de la personne privée qu'elle était pourtant tenue de contrôler. Or l'hypothèse paraît structurellement difficile à conceptualiser. Elle reviendrait à confondre plusieurs dommages et plusieurs faits générateurs : il y aurait ainsi confusion entre le dommage né de l'accident nucléaire et le préjudice né de l'insolvabilité de l'exploitant, lequel pourrait être imputé à l'État, car celui-ci n'a pas mesuré cette insolvabilité éventuelle. Étant admise cette prémisse que cette intervention de l'État au soutien de l'exploitant ne pourra qu'être *in fine* fondée par la volonté des rédacteurs, toute cette réflexion pourrait néanmoins participer à en fournir une explication plausible, voire à montrer que le choix de cette intervention n'est pas totalement dénué de considération de comportement. Cela dit, cette hypothèse n'est pas la seule dans laquelle l'État intervient comme un garant de l'exploitant. Tel est également le cas lorsque la garantie de l'exploitant est *ab initio* insuffisante à couvrir sa responsabilité, laquelle n'avait pas été envisagée dans la dichotomie présentée par Zaki EL SHAARAOUI.

¹⁹¹⁰ *Convention de Paris* (2004), art. 10.a) ; *Convention de Vienne* (1963,1997), art. VII.1.a. En droit français, les exploitants sont donc tenus de communiquer chaque année les conditions de leurs contrats d'assurance ou les modalités de leurs garanties financières, sous peine de se voir infliger une sanction pénale (un an d'emprisonnement et/ou 15 000 euros d'amende) : voy. *Code de l'environnement*, art. L 597-7 et L. 597-20. On pourra toutefois noter que selon un rapport en date du 31 janvier 2012 de la Cour des comptes, il serait actuellement impossible de s'assurer, en France, que tous les exploitants d'une installation nucléaire sur le territoire disposent de cette garantie financière : voy. Cour des comptes, *Les coûts de la filière électronucléaire - Rapport public thématique*, janvier 2012, p. 254.

¹⁹¹¹ Cette compréhension semble néanmoins appuyée par P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., pp. 120-121.

¹⁹¹² Voy. CEDH, *Sanglier c. France*, arrêt du 27 mai 2003, n°50341/99, § 39.

ii. L'intervention de l'État en cas d'insuffisance de garantie financière

468. Présentation de la situation. La situation dans laquelle l'État intervient en raison d'une insuffisance de la garantie financière renvoie en réalité à deux hypothèses. Elle correspond, d'une part, à l'hypothèse dans laquelle l'État fixe le montant de la garantie financière à un montant inférieur au *quantum* de la responsabilité de l'exploitant. Elle correspond, d'autre part, à celle plus récente dans laquelle la responsabilité de l'exploitant est illimitée, mais pas son obligation de garantie financière. La situation se complexifie donc légèrement. En effet, l'État n'intervient pas pour se substituer à l'assureur défaillant d'un exploitant. Son intervention se situe topologiquement entre la limite de la garantie financière de l'exploitant et la limite, ou la non-limite, du *quantum* de la responsabilité de celui-ci. Il intervient ainsi toujours comme un débiteur subsidiaire, mais à titre d'assureur principal ou conjoint (et non assureur subsidiaire salvateur) :

$$Q = G + \text{fonds publics}$$

469. Analyse de la situation. Dans ce cas, il est délicat de considérer que l'intervention de l'État puisse manifester une quelconque responsabilité dissimulée. Certes, on pourrait arguer qu'elle résulte d'un manquement de l'État à l'obligation éventuelle d'imposer une garantie financière adéquate à l'exploitant. Cependant, une telle obligation trouverait son existence largement remise en cause. La Convention de Vienne confère explicitement cette possibilité de réduire le montant de la garantie financière dès lors qu'elle n'impose aucun principe de congruence¹⁹¹³. Quant à la Convention de Paris, elle rejoint la Convention de Vienne dès lors qu'il s'agit d'envisager une responsabilité illimitée de l'exploitant¹⁹¹⁴. Dès lors, sauf à critiquer l'opportunité du choix opéré *ab initio* par le législateur, il apparaît que l'intervention de l'État ne dissimulerait aucune responsabilité. Elle pourrait alors simplement matérialiser une forme de garantie financière additionnelle matérialisant la contrepartie du choix licite de certains États d'avoir soustrait une partie de la responsabilité à toute obligation de garantie, ou d'avoir opté pour une responsabilité illimitée dont ils savaient la réalisation pratique impossible. En cela, cette hypothèse, bien qu'elle place l'État dans une situation d'assureur et de débiteur subsidiaire, ne se distingue pas fondamentalement de certaines des hypothèses qui occuperont le prochain point.

b. L'intervention de l'État comme débiteur principal de l'indemnisation

470. L'intervention de l'État en cas de *quantum* réduit de la responsabilité l'exploitant. Dans les hypothèses envisagées présentement, l'État intervient au-delà de la limite du quantum de la responsabilité de l'exploitant, qu'elle soit fixée selon les conventions ou selon sa législation nationale. Il n'est plus un garant de paiement, mais bel et bien le débiteur principal des sommes allouées aux victimes. Dès lors, si certains évoquent un mécanisme de réparation complémentaire, il s'agit, en

¹⁹¹³ Voy. *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. VII.1.

¹⁹¹⁴ Rappelons que les conventions imposent que l'exploitant, s'il est responsable sans limite du *quantum* de la réparation, fournisse une garantie financière à concurrence d'un montant qui est au moins égal aux montants minimaux de responsabilité aux termes de la convention applicable : voy. *Convention de Vienne* (1997), art. VII ; *Convention de Paris* (2004), art. 10.b.

réalité d'une indemnisation existante en dehors de la responsabilité de l'exploitant¹⁹¹⁵, bien qu'elle soit soumise aux mêmes limites *ratione temporis*, *ratione materiae* et que l'exploitant demeure la figure responsable. Tel est notamment le cas lorsque l'État est autorisé par les conventions à réduire le *quantum* de la responsabilité de l'exploitant par rapport aux montants minimum fixés par les conventions, sous condition d'assumer la différence¹⁹¹⁶ :

$$Q_{\text{national}} + \text{fonds publics} = Q_{\text{conventionnel}}$$

Dans cette hypothèse, on ne peut cependant guère voir de réelle différence avec la dernière hypothèse envisagée ci-devant. Certes, parce que l'État intervient au-delà du *quantum* fixé par sa loi nationale, il n'intervient pas dans la sphère du *quantum* de responsabilité de l'exploitant. Il n'est pas son assureur, mais un débiteur principal complémentaire. Néanmoins, les justifications de son intervention connaissent la même essence : l'intervention matérialise la contrepartie d'un choix (éventuellement téméraire) d'un État ayant pris le risque de sous-évaluer le coût d'un accident d'un accident susceptible de survenir sur une installation installée sur son territoire.

471. L'intervention de l'État en raison de mécanismes conventionnels annexes. Telle est ensuite l'hypothèse qui devait, dans le système conventionnel du régime de responsabilité civile nucléaire, pousser l'indemnisation à son paroxysme. La responsabilité civile nucléaire est en effet apparue comme le siège de mécanismes fondés sur une véritable solidarité, non pas nationale, mais régionale, puis internationale des États nucléaires. Or, en vertu de ces mécanismes, l'État hôte peut également apparaître comme un débiteur principal de l'indemnisation. Cependant, parce qu'ils y sont organisés en même temps que celles des autres États et suivant des mécanismes spécifiques, ces mécanismes devront être étudiés à part. Ce sera d'ailleurs là l'objet de nos prochains développements.

C. L'intervention organisée des États tiers

472. Plan. Pour surmonter le coût potentiel de certains accidents nucléaires, des mécanismes de réparation complémentaires ont été institués en parallèle des conventions *princeps*. Sans aucun doute justifié par l'idée d'une solidarité typique de l'indemnisation, et ce dès lors que cette solidarité a justifié que soit prévue l'intervention, non plus d'un État, mais d'une pluralité d'État, ces mécanismes,

¹⁹¹⁵ Nous entendons l'indemnisation comme l'allocation de dommages et intérêts en dehors du mécanisme de la responsabilité, c'est-à-dire par une personne n'apparaissant ni comme le responsable désigné ni comme l'un de ses garants.

¹⁹¹⁶ Pour rappel, si la Convention de Paris de 1982 avait prévu la possibilité de réduire les montants de responsabilité dans deux hypothèses (difficulté d'obtention d'une garantie financière et hypothèse d'un risque réduit), elle ne prévoyait pas, en elle-même, d'obligation pour les États d'assurer la réparation complémentaire : voy. *Convention de Paris* (1982), art. 7.b. La Convention de Paris de 2004 serait venue corriger le tir en obligeant l'État à assumer l'indemnisation complémentaire lorsque le *quantum* de la responsabilité a été réduit en raison des risques réduits présentés par l'installation : voy. *Convention de Paris* (2004), art. 10.c et *supra* note n°1748. La Convention de Vienne de 1997 prévoit également, à la différence de la Convention de 1963, une possibilité de réduire le montant de la responsabilité que ce soit sur le motif d'un risque réduit (5 millions DTS) ou pour toute autre raison (150 millions DTS), à la condition qu'il alloue des fonds publics jusqu'au plancher fixé à 300 millions DTS : *Convention de Vienne* (1997), art. V.1 et V.2. D'ailleurs, la question a pu explicitement se poser, concernant cette dernière possibilité, de savoir si l'État venait couvrir la responsabilité de l'exploitant fixé, par principe, à un minimum de 300 millions DTS ou si son intervention s'apparentait davantage à une intervention complémentaire dès lors que sa loi nationale aurait réduit le *quantum* de la responsabilité à 150 millions DTS. Pour l'INLEX, la cohérence juridique aurait commandé de retenir la seconde nature de la réparation (celle que nous retenons), car elle aurait révélé une volonté des rédacteurs du Protocole de 1997 de s'inspirer du système Paris-Bruxelles. Il avait effectivement été envisagé lors de la révision de la Convention de Vienne d'introduire un système de réparation complémentaire inspirée de la Convention de Bruxelles. Or, lors de la discussion des deux options, nombre de délégations ont indiqué qu'elles « étaient favorables à l'inclusion d'une tranche financée par l'État où se trouve l'installation dans la convention de Vienne, mais [...] que cette option "était déjà incluse dans l'option b) [de l'article V]" : voy. SCNL/9/INF.5, p. 5, 7, 11 et 19 ; *Textes explicatifs*, p. 50, note 139.

formellement détachés des conventions *princeps*, organisent une intervention étatique susceptible d'osciller entre les deux formes d'intervention précédemment étudiées. Cela se justifie par leur objet et leur but principal : celui de favoriser la situation des victimes de dommage nucléaire indépendamment *in fine* de toute question substantielle de responsabilité. Ainsi, et parce que les conventions ayant instituées les mécanismes évoqués ci-dessus ont été déjà étudiées *supra*, le lecteur aura compris qu'il s'agira ici de s'intéresser respectivement au mécanisme institué par la Convention de Bruxelles (1.) puis à celui institué par la Convention sur la réparation complémentaire (2.).

1. L'expérience de solidarité régionale de la Convention de Bruxelles¹⁹¹⁷

473. Un mécanisme sans précédent. S'il n'est plus utile de présenter la Convention de Bruxelles, dont le champ d'application a fait l'objet d'une étude *supra*, le temps est néanmoins venu d'en connaître le mécanisme. Pour cela, il faut préalablement revenir au texte originel de la Convention de Paris de laquelle cette Convention constitue un satellite. Dès sa première rédaction (1960), l'article 15 de la Convention de Paris prévoyait effectivement la possibilité pour des États contractants de prendre les mesures qu'ils estimeraient « nécessaires » en vue d'accroître le montant de la réparation prévue par elle, sans pour autant régler les modalités de ces mesures¹⁹¹⁸. Des législateurs précurseurs avaient déjà fait ce choix¹⁹¹⁹. Néanmoins, parce que les modalités fixées par ces législations dérogeaient librement aux dispositions de la Convention de Paris¹⁹²⁰, et notamment au principe de non-discrimination, ces législations ont renforcé les critiques précédemment évoquées à l'encontre de l'idée d'une « caisse de mutuelle étatique »¹⁹²¹. Pour cela, il est apparu préférable que le complément de réparation soit institué sur un plan conventionnel dans le but de créer une solidarité entre tous les États membres de la Convention de Paris¹⁹²², sans pour autant s'y substituer¹⁹²³. La Convention de Bruxelles a ainsi été adoptée avec cet objectif d'établir une « assistance financière mutuelle » entre les États contractants en cas d'accident nucléaire grave¹⁹²⁴, et elle constitue assurément la première expérience par laquelle un État s'est engagé à accorder des sommes pour la réparation d'un dommage susceptible de n'avoir aucun lien de rattachement sur le seul fondement d'un accord international¹⁹²⁵. Il est donc indéniable

¹⁹¹⁷ La formule est empruntée à R. FORNASIER, « Une expérience de solidarité internationale : la Convention complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 », *AFDI*, vol. 8, 1962, pp. 762-772

¹⁹¹⁸ *Convention de Paris* (1960), art. 15.a.

¹⁹¹⁹ Voy. l'étude très exhaustive de J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, pp. 132 et ss.

¹⁹²⁰ Voy. *Convention de Paris* (1960), art. 15.b.

¹⁹²¹ A. BETTE, J.M. DIDIER, R. FORNASIER, R.M. STEIN, *La réparation des dommages nucléaires en Europe : Régime institué par la Convention de Bruxelles du 31 janvier 1963 complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, Bruxelles, 1965, pp. 10, 40 en écho aux critiques reproduites *supra*.

¹⁹²² En réalité, les négociations ont d'abord été initiées par les six États membres fondateurs d'Euratom sur le fondement de l'article 98 du Traité Euratom avant d'intégrer les États membres de l'Agence européenne de l'énergie nucléaire (ancien nom de l'AEN) : voy. A. BETTE, J.M. DIDIER, R. FORNASIER, R.M. STEIN, *La réparation des dommages nucléaires en Europe*, *op. cit.*, p. 11 ; J.-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, *op. cit.*, pp. 398 et ss ; R. FORNASIER, « Une expérience de solidarité internationale : la Convention complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 », *op. cit.*, p. 765 ; G. ARANGIO-RUIZ, « Some International Legal Problems of the Civil Uses of Nuclear Energy », *op. cit.*, p. 599.

¹⁹²³ Il est en effet apparu opportun, pour favoriser l'entrée en vigueur de la Convention de Paris, de rassurer les parlements nationaux sur le maintien des montants fixés par le texte *princeps*. Pour cela, le projet a été entrepris en accord avec les dispositions de la Convention de Paris sans procéder à une révision de cette dernière directement : voy. G. ARANGIO-RUIZ, « Some International Legal Problems of the Civil Uses of Nuclear Energy », *op. cit.*, p. 599.

¹⁹²⁴ R. FORNASIER, « Une expérience de solidarité internationale : la Convention complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 », *op. cit.*, p. 765.

¹⁹²⁵ *Ibid.*, p. 767 soulignant ainsi que l'État peut se trouver « tenu d'allouer des fonds au titre de la troisième tranche alors que l'accident est survenu dans un pays étranger et que l'exploitant et toutes les victimes sont des étrangers ».

que ce mécanisme exprime une *solidarité* dont la seule justification procède de l'idée selon laquelle l'énergie nucléaire doit être exploitée « dans l'intérêt de l'humanité tout entière » et qu'il ne doit plus « nécessairement » s'agir « de responsabilité, mais de réparation [indemnisation] »¹⁹²⁶.

474. Un mécanisme organisant une intervention tripartite. Limitant le *quantum* total de l'indemnisation complémentaire à 1,5 milliard d'euros, la Convention organise ainsi la répartition de ce montant en trois tranches et entre trois débiteurs potentiels¹⁹²⁷. La première tranche correspond *quantum* de la responsabilité de l'exploitant nucléaire tel que prévu par la législation nationale en application de la Convention de Paris¹⁹²⁸. La seconde tranche d'indemnisation, qui démarre à la limite du *quantum* de la responsabilité de l'exploitant, est mise à la charge de l'État hôte de l'installation jusqu'à hauteur de 1200 millions d'euros¹⁹²⁹. Enfin, et c'est là qu'apparaît toute la particularité de ce dispositif « spectaculaire »¹⁹³⁰, la troisième tranche incombe à la communauté contractuelle. Jusqu'à hauteur du montant maximal exposé quelques lignes plus haut, tous les États parties à la Convention contribuent alors à l'indemnisation du dommage nucléaire¹⁹³¹. Leur participation respective est déterminée selon leurs ressources nationales et le risque présenté par leur industrie nucléaire¹⁹³². En dehors de ces grands principes, la Convention laisse les États libre d'établir la « base de réparation » sur laquelle se manifeste l'allocation de leurs fonds.

On comprendra, en effet, que les rédacteurs de la Convention de Bruxelles ont dû composer avec toutes les subtilités des marges de manœuvre laissées aux États par la Convention de Paris, lequel influe sur la base théorique de l'allocation des fonds. Ils ont ainsi en effet laissé le choix à chaque État entre fixer le *quantum* de la responsabilité de l'exploitant à un montant au moins égal à celui de la première tranche (et ainsi présenter les États comme des débiteurs principaux de l'indemnisation intervenant au-delà) ou de le fixer au montant maximum fixé par la Convention (et ainsi les présenter comme des débiteurs subsidiaires)¹⁹³³. Si la question a pu apparaître plus délicate lorsque s'est concrétisée la possibilité d'une responsabilité illimitée de l'exploitant, le Protocole portant révision de la Convention s'est néanmoins efforcé d'en faciliter la mobilisation. Pour éviter que l'intervention de la troisième tranche ne soit reportée à l'épuisement de la garantie financière de l'exploitant et que cela pénalise les États imposant des montants de couverture élevés¹⁹³⁴, il est prévu une mobilisation

¹⁹²⁶ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 511.

¹⁹²⁷ En effet, la Convention complémentaire de Bruxelles a également fait l'objet d'un amendement en 2004, afin de s'aligner sur la Convention de Paris. Les montants indiqués sont donc ceux qui résultent de cette révision entrée en vigueur : voy. *Acte final de la Conférence de 2004, op. cit.*, p. 70.

¹⁹²⁸ *Convention complémentaire de Bruxelles* (2004), art. 3.b.i. La Convention de Bruxelles prévoit donc que ce montant ne peut être inférieur à 700 millions d'euros, ce qui correspond au montant minimum fixé par la Convention de Paris (2004), art. 7.a. Il conviendra toutefois de ne pas tenir pour acquis que la première tranche de réparation correspond au montant institué par l'article 7.

¹⁹²⁹ *Convention complémentaire de Bruxelles* (2004), art. 3.b.ii.

¹⁹³⁰ J. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé, op. cit.*, p. 467.

¹⁹³¹ *Convention complémentaire de Bruxelles* (2004), art. 3.b.iii : 1,5 milliard d'euros (2004).

¹⁹³² *Convention complémentaire de Bruxelles* (1982, 2004), et art. 12.

¹⁹³³ *Convention complémentaire de Bruxelles* (1982, 2004), art. 3.c. Cela est d'ailleurs explicité à l'article 3.c.iii qui dispose que dans la seconde hypothèse : « les fonds publics [...] sont alloués à un titre différent de celui d'une couverture de la responsabilité de l'exploitant ».

¹⁹³⁴ Cette solution avait ainsi été préconisée dans l'hypothèse où la responsabilité de l'exploitant selon le droit national devait chevaucher la troisième tranche, bien qu'il y ait des cas où la garantie imposée devait dépasser le montant même prévu par la Convention de Bruxelles comme cela est le cas en Allemagne où elle est estimée à 2,24 milliards d'euros qui : voy. Conseil de l'OCDE, *Recommandation du Conseil sur les modalités d'application de la Convention complémentaire de Bruxelles dans le domaine de la responsabilité civile nucléaire* du 27 novembre 1992, doc. C(92)166/Final ; N. PELZER, « Les principaux aspects du régime international révisé de responsabilité civile nucléaire – les avancées et les blocages », *op. cit.*, pp. 416-417.

simultanée de cette dernière avec la responsabilité de l'exploitant. En d'autres termes, le recours aux fonds publics de la communauté contractuelle est désormais conditionné au seul franchissement de son seuil « indépendamment du fait que des fonds à la charge de l'exploitant restent disponibles ou que la responsabilité de l'exploitant n'est pas limitée dans son montant »¹⁹³⁵. Dans cette hypothèse inédite, les États excluent le jeu de l'assurance ou de quelconque garant : ils interviennent en tant qu'assureur principal et exclusif.

Fort de cette innovation, la seule faiblesse de la Convention de Bruxelles réside dans la circonscription de son champ d'application géographique. En limitant l'application de son mécanisme aux seuls dommages subis sur le territoire terrestre et maritime des États parties¹⁹³⁶ par leurs ressortissants et, éventuellement, leurs résidents habituels, la Convention ne devrait *a priori* pas permettre l'indemnisation de l'ensemble des dommages que l'application de la Convention de Paris et le Protocole commun permettent d'imputer à l'exploitant¹⁹³⁷. Tel est du moins ce qui ressort de la lecture de son article 3.f qui semble ainsi confirmer le caractère de *lex specialis* de la Convention de Bruxelles¹⁹³⁸. Sur ce point, la Convention sur la réparation complémentaire a donc constitué une avancée majeure.

2. L'expérience de solidarité internationale de la Convention sur la réparation complémentaire

475. Un système établissant deux tranches d'indemnisation. Comme la Convention de Bruxelles, la Convention sur la réparation complémentaire a déjà fait l'étude d'un développement *supra*¹⁹³⁹. Négociée au sein de l'Agence internationale de l'énergie atomique, cette Convention est venue ouvrir « un nouveau chapitre du droit de la responsabilité nucléaire international » en permettant à l'ensemble des États de s'intéresser à l'indemnisation des dommages nucléaires¹⁹⁴⁰. Reposant sur un mécanisme quelque peu différent de celui de la convention de Bruxelles, le texte vise à garantir la disponibilité d'un large montant aux fins de l'indemnisation des dommages nucléaires résultant d'un accident grave en établissant que deux tranches de réparation/indemnisation. Le texte impose en effet à l'État hôte l'allocation de 300 millions DTS aux fins de l'indemnisation/réparation des dommages nucléaires¹⁹⁴¹, laquelle sera ensuite complétée par les fonds publics des autres États jusqu'à un plafond illimité¹⁹⁴², et cela suivant une répartition tenant notamment compte la puissance nucléaire de ces derniers¹⁹⁴³. Étroitement lié au nombre d'États partie, et spécifiquement au nombre d'entre eux

¹⁹³⁵ Voy. *Convention de Bruxelles* (2004), art. 9

¹⁹³⁶ Ou à bord de tout engin relevant de sa juridiction.

¹⁹³⁷ Voy. *Convention de Bruxelles* (2004), art. 2 ; R. DUSSART-DESART, « La réforme de la Convention de Paris [...] », *op. cit.*, pp. 263 et ss et *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1.

¹⁹³⁸ Voy. *Convention de Bruxelles* (2004), art. 3.f : « les Parties Contractantes s'engagent à ne pas faire usage, dans l'exécution de la présente Convention, de la faculté prévue à l'article 15(b) de la Convention de Paris d'édicter des conditions particulières, autres que celles prévues par la présente Convention, pour la réparation des dommages nucléaires au moyen des fonds visés au paragraphe (a) du présent article » et dans ce sens R. FURNASIER, « Une expérience de solidarité internationale : la Convention complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 », *op. cit.*, p. 768 pour qui la Convention de Bruxelles serait ainsi une dérogation autorisée par l'article 15 de la Convention de Paris.

¹⁹³⁹ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2.

¹⁹⁴⁰ B. MCRAE, « La Convention sur la réparation : sur la voie d'un régime mondial permettant de faire face à la responsabilité et à l'indemnisation des dommages nucléaires », *BDN*, vol. 61, 1998/1, p. 27.

¹⁹⁴¹ *Convention sur la réparation complémentaire*, art. III.1.a.

¹⁹⁴² *Convention sur la réparation complémentaire*, art. III.1.b.

¹⁹⁴³ *Convention sur la réparation complémentaire*, art. IV.

possédant des réacteurs nucléaires, le montant incombant à la communauté contractuelle devrait donc augmenter à mesure que l'utilisation de l'énergie nucléaire pour produire de l'électricité se développe¹⁹⁴⁴.

On remarquera, cependant, que la Convention élude la part incombant à l'exploitant de ses dispositions. En effet, la première tranche de réparation incombe indifféremment à l'exploitant ou à l'État hôte de l'installation. Dans le respect de leurs législations nationales ou des conventions *princeps* auquel ils seraient parties, les États demeurent donc libre de fixer la limite de la responsabilité de l'exploitant et la garantie financière si tant est que la « part nationale » ne soit pas inférieure à 300 millions DTS. La fusion opérée entre l'intervention de l'État et la responsabilité de l'exploitant, aussi surprenante soit-elle, trouve une justification au regard de l'objectif de la Convention et surtout du moyen employé à cette fin : l'élaboration d'un instrument totalement autonome.

476. Un mécanisme autonome des conventions *princeps*. Si le but premier de la Convention sur la réparation complémentaire était de garantir la disponibilité rapide d'une véritable réparation avec un minimum de procédure, la doctrine lui attribue davantage le rôle d'un « catalyseur du régime mondial de responsabilité civile nucléaire »¹⁹⁴⁵. Une telle opinion est effectivement justifiée par le caractère « autonome » du texte conventionnel, conçu de telle sorte que l'ensemble des États puissent y adhérer. La seule condition est que ces États se dotent d'une législation nationale incluant les principes fondamentaux du régime de responsabilité civile nucléaire, tels qu'énoncés dans l'annexe de la Convention¹⁹⁴⁶. Par-delà quelques dispositions nécessaires à une uniformisation minimale – lesquelles font d'ailleurs obstacle à l'intégration de la fusion nucléaire¹⁹⁴⁷ – la Convention coexiste donc avec les différents régimes nationaux et internationaux et compose avec l'application de chacun¹⁹⁴⁸. Cette coexistence de multiples régimes de responsabilité applicable explique que la responsabilité de l'exploitant nucléaire et l'intervention de l'État hôte soient confondues dans la première tranche, et que les dispositions ne se concentrent que sur la seconde tranche. En limitant son bénéfice aux seuls dommages subis sur le territoire des États ayant adhéré à la Convention¹⁹⁴⁹, les rédacteurs avaient pour objectif d'inciter l'ensemble des États (nucléarisés ou non) à y adhérer. Ils ouvraient ainsi la voie à un régime « global » de responsabilité civile nucléaire que peu d'États ont emprunté à ce jour, mais dont on ne désespère pas de pouvoir un jour compter sur l'effectivité potentielle¹⁹⁵⁰.

477. Conclusion du §. Le caractère diffus des dommages susceptibles de découler d'un accident nucléaire influe sur le coût de ceux-ci. Dans le contexte social et économique contemporain à

¹⁹⁴⁴ Voy. *Textes explicatifs*, pp. 90-92.

¹⁹⁴⁵ B. MCRAE, « La Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires : le catalyseur d'un régime mondial de responsabilité civile nucléaire » in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, op. cit., pp. 211-226 et dans le même sens M. LEGER, « L'entrée en vigueur de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires (CRC) – Quelles avancées vers un régime mondial de responsabilité civile nucléaire ? », op. cit.

¹⁹⁴⁶ Voy. *Convention sur la réparation complémentaire*, annexe ; *Textes explicatifs*, op. cit., pp. 77 et ss. et *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2.

¹⁹⁴⁷ On pense là la définition du dommage nucléaire qui se calque sur le texte de la Convention de Vienne de 1997 comme vu *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2.

¹⁹⁴⁸ Voy. *Convention sur la réparation complémentaire*, art. XIV.

¹⁹⁴⁹ Voy. *Convention sur la réparation complémentaire*, art. V : étant étendu que ce « territoire » s'étend aux zones maritimes jusqu'à la zone économique exclusive (laquelle est englobée) et que sont également concernés les dommages subis à bord d'un aéronef immatriculée sur le territoire d'une Partie contractante ou d'un navire battant pavillon de la Partie contractante.

¹⁹⁵⁰ À ce jour, la Convention ne compte que 11 parties dont moins de la moitié ont un réacteur en activité.

l'adoption des conventions de responsabilité civile nucléaire, laisser à la charge des exploitants la totalité de la réparation des dommages n'était pas chose possible. Pour pallier cette difficulté, les rédacteurs des conventions sont venus limiter la responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire en autorisant les États à circonscrire les montants disponibles pour la réparation des dommages dus par celui-ci. Cette limitation a néanmoins connu une contrepartie : celle de s'assurer que la somme due par l'exploitant serait effectivement disponible. Partant, l'assurance a réitéré sa place sur la scène du droit de la responsabilité civile nucléaire et il n'a pu qu'être constaté la forte influence que ses limites conjoncturelles ont eue tant sur l'élaboration entière de ce droit ainsi que sur son évolution. Si un mouvement a ainsi été amorcé en faveur d'une prise en charge élargie par les exploitants nucléaires de la réparation des dommages nucléaires et que des propositions ont été formulées en ce sens, c'est que seul l'État constituait jusqu'alors le remède à l'insuffisance affichée de la capacité assurantielle. Pour cela, ce dernier apparaît comme un acteur majeur de l'indemnisation des dommages nucléaires dont on peine à comprendre tant la place qu'il occupe que les justifications de son intervention. Certes, la complexité de son intervention n'est que la résultante du caractère international du régime conjugué à cette influence prégnante de l'assurance sur les décisions que le législateur devait prendre et qui autorise à confondre la limite de la responsabilité et celle l'assurabilité. Paradoxalement, le rôle des États dans l'indemnisation des dommages nucléaires a pourtant été renforcé, notamment par l'adoption de la Convention sur la réparation complémentaire. L'étude, dans les développements suivants, de l'adaptabilité de ces spécificités du régime de responsabilité nucléaire au risque nucléaire de fusion permettra d'entamer l'examen de l'opportunité de maintenir totalement ce mécanisme. Compte tenu des faibles risques que présenterait la fusion nucléaire, elle constitue un terrain favorable à la remise en cause du principe de limitation dans son *quantum* de la responsabilité de l'exploitant, initiateur de toute cette complexité.

§ 2. L'incidence des dommages de fusion sur le maintien d'un *quantum* de responsabilité

478. Une application réservée des montants de réparation aux accidents de fusion. Lors des discussions initiées par l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire concernant la réception du risque nucléaire de fusion par les conventions sur la responsabilité civile nucléaire, la question des montants de responsabilité a naturellement été l'élément central des discussions. De l'avis de certains discutants, les montants de responsabilité posés par les conventions se seraient avérés trop élevés compte tenu de la faible ampleur des dommages susceptible de résulter de la réalisation de ce risque nucléaire¹⁹⁵¹. En effet, les conventions ont été initialement adoptées dans le but de répondre aux spécificités des dommages nucléaires résultant d'un accident de fission nucléaire. Appliqués à la fusion, ces montants démesurés pourraient compromettre l'assurabilité de ce risque prospectif ainsi

¹⁹⁵¹ En 1991, le Comité européen des assurances des assurances a remis au Groupe d'experts gouvernementaux sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire de l'AEN (aujourd'hui le Comité de droit nucléaire) des conclusions concernant les risques radiologiques liés aux réacteurs de fusion. Selon ce rapport, les *pools* d'assurance nucléaire sont de l'avis que « les risques associés au processus de fusion sont d'un ordre de grandeur inférieur à ceux des réacteurs de fission » : AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », *op. cit.*, p. 2 ; W.E. FORK, C.H. PETERSON, « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *op. cit.*, p. 48.

que l'acceptation de cette nouvelle source d'énergie par l'opinion publique. Peu au fait des distinctions entre la fission nucléaire et la fusion nucléaire, le profane serait ainsi tenté de considérer que les risques seraient d'un ordre de grandeur similaire¹⁹⁵². *In fine*, cela pourrait donc compromettre ou, du moins entraver, le futur développement des installations de fusion¹⁹⁵³.

479. Plan. Dans un contexte où l'application de ces dispositions conventionnelles est remise en cause, il convient donc de s'assurer que cette limitation s'avère toujours justifiée (A.) et, le cas échéant, que les montants imposés sont en adéquation le coût d'un accident de fusion (B.).

A. L'opportunité du maintien d'un « patrimoine nucléaire »

480. Le débat susceptible d'être attisé par les activités de fusion. La limitation dans son *quantum* de la responsabilité de l'exploitant a longtemps trouvé une justification dans le contexte économique et social contemporain au développement de l'énergie nucléaire et la volonté de ne pas obérer les exploitants de cette nouvelle industrie. Aujourd'hui, ce dégrèvement partiel accordé à l'exploitant d'une installation nucléaire donne cependant lieu à des interrogations, et l'idée d'imposer à ce dernier une responsabilité illimitée se fait de plus en plus prégnante. Or, les dommages de fusion pourraient très largement participer à attiser ce débat. Si l'application de montant maximum de réparation peut s'avérer opportune à une activité naissante, une telle limitation risquerait néanmoins de perdre sa *ratio legi* si elle devait s'avérer non-nécessaire.

481. Plan. Aussi, aux fins de la recherche de l'adéquation du régime conventionnel, il conviendra d'exposer les termes de ce débat ni nouveau ni exclusif de la fusion (1.) avant de néanmoins en apprécier les conséquences à l'endroit des dommages susceptible de résulter de la réalisation de ce risque nucléaire (2.)

1. La théorisation du débat sur la limitation du quantum la responsabilité

482. Un débat connu et éprouvé. La question de la limite ou *a contrario* de l'absence de limite à la responsabilité de l'exploitant constitue un élément central de la responsabilité civile nucléaire. Pour cela, il a constitué un objet de discussions récurrentes et déterminant des exercices de révisions de la Convention de Vienne¹⁹⁵⁴ et surtout de la Convention de Paris : cette dernière ayant modifié son appréhension des montants de manière à en « institutionnaliser » le principe. Elle d'ailleurs été très souvent le choix de certains États à l'instar de l'Allemagne¹⁹⁵⁵, mais également de l'Autriche¹⁹⁵⁶, de la

¹⁹⁵² La perception par le public du nucléaire reste en effet particulière. Le nucléaire est « mystérieux », nos sens étant insensible à ses rayonnements. Il provoque également une réaction psychologique telle la « fascination » de l'évènement très important, bien que peu probable. Enfin, nous l'avons évoqué *supra*, le risque nucléaire apparaît aujourd'hui comme un risque potentiellement non accepté. Or, ce facteur, bien que subjectif, peut avoir, d'importantes conséquences sur le plan juridique.

¹⁹⁵³ AEN, « Responsabilité et garanties financières pour les risques liés aux installations de fusion », NEA/NLC/Doc(2005)4.

¹⁹⁵⁴ *Textes explicatifs*, p. 44

¹⁹⁵⁵ Elle a opté pour une responsabilité illimitée dès 1985 : *Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz)*, *op. cit.*, § 31.

¹⁹⁵⁶ *Voy. Bundesgesetz über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch Radioaktivität*, BGBl. I n° 170/1998. Une traduction de la loi est disponible sur le site de l'AEN : <https://www.oecd-nea.org/law/nlbf/nlb-63/autriche.pdf>

Suisse¹⁹⁵⁷ et du Japon¹⁹⁵⁸, en sus d'avoir été mise sur la table en Belgique¹⁹⁵⁹. Ce débat est cependant loin d'être clos et la question fait encore l'objet de nombreuses controverses entre ceux qui militent pour que la responsabilité illimitée constitue la solution conventionnelle de principe et ceux qui s'y opposent.

483. Plan. Il faut dire que de nombreux arguments pourraient être avancés à son encontre (a.), lesquels trouvent néanmoins une réponse plus ou moins convaincante (b.).

a. *Les arguments tenus à l'encontre de la responsabilité limitée*

484. Plan. Parce que la limitation de la responsabilité suppose « un transfert de la tranche supérieure de risque de cette industrie soit à l'État soit aux tiers ayant subi les dommages »¹⁹⁶⁰, les critiques formulées à son encontre reposent principalement sur des considérations économiques (i.) et, surtout, des considérations portées aux victimes (ii.).

i. Les arguments d'ordre économique

485. Une internalisation partielle du risque par l'industrie nucléaire. Des mots de Karine FIORE, « l'internalisation est une norme économique, qui implique que tout agent prenne en compte les externalités négatives (tel que le risque nucléaire) qu'il génère »¹⁹⁶¹. Aussi, alors que la responsabilité illimitée suppose que les exploitants assument économiquement l'intégralité du risque généré à l'égard de la société, la limitation de la responsabilité engendrerait une internalisation partielle de ce risque. Davantage, parce que l'internalisation ne serait *in fine* effective que dans la limite de la garantie financière de l'exploitant, c'est la capacité assurantielle disponible qui dicterait ces niveaux « arbitraires » de responsabilité¹⁹⁶², et ce indifféremment du risque objectif et subjectif de l'exploitation nucléaire. Certes, l'on peut nuancer ce constat dans le cadre de la Convention de Vienne¹⁹⁶³. Il n'en demeure pas moins que l'expression des montants de responsabilités par accident et l'indifférence relative du nombre et des caractéristiques des réacteurs exploités par l'exploitant (sauf minimisation du risque¹⁹⁶⁴) apporteraient une preuve de cette inadéquation du *quantum* de la responsabilité avec le

¹⁹⁵⁷ Dès 1983, la Suisse avait également opté pour une responsabilité illimitée. Cela n'a cependant pas posé les mêmes difficultés que pour l'Allemagne, car elle a ratifié la Convention de Paris qu'en 2009 et n'en sera partie que lors de l'entrée en vigueur du Protocole de 2004 : voy. M. WALDNER, « Conflits de lois liés à la participation de la Suisse au régime de responsabilité civile nucléaire de la Convention de Paris », *BDN*, vol. 90, 2012/2 pp. 33-76

¹⁹⁵⁸ Voy. T. NOMURA, « Le droit japonais de la responsabilité des dommages nucléaires et son évolution après l'accident de Fukushima », *RJE*, 2014/4, pp. 629-639. Il convient néanmoins de noter que le principe a été remis en cause en 2016 : voy. E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, *op. cit.* pp. 306-307

¹⁹⁵⁹ En 2016, la Belgique a approuvé un projet de loi sur la responsabilité civile nucléaire portant la limitation de la responsabilité de l'exploitant à 1,2 milliards d'euros. Or, cette loi a fait l'objet de controverse, d'aucuns ayant critiqué l'absence de passage à une responsabilité illimitée et le fait que la garantie financière n'ait pas dépassé les 300 millions d'euros, rendant l'État garant au-delà : voy. *Loi du 7 décembre 2016 modifiant la loi du 22 juillet 1985 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, publié le 14 décembre 2016, art. 7.

¹⁹⁶⁰ M. RADETZKI, « Limitation de la responsabilité civile nucléaire : causes, conséquences, et perspective », *op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁶¹ K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, *op. cit.*, pp. 10-11.

¹⁹⁶² N. PELZER, « Les principaux aspects du régime révisé de responsabilité civile nucléaire – les avancées et les blocages », *op. cit.*, p. 406 évoquant le législateur comme « otage de l'industrie de l'assurance » (p. 423).

¹⁹⁶³ Nous l'avons évoqué *supra*, les montants fixés la Convention de Vienne de 1997 prenaient davantage en considération la nature du risque : voy. A. QUÉRÉ, « Challenges facing the insurance industry since the modernisation of the international nuclear liability regime », *op. cit.*, p. 77 ; L. JAEGER, « L'assurabilité de l'industrie nucléaire », *op. cit.*, p. 220 ; N. PELZER, « Les principaux aspects du régime international révisé de responsabilité civile nucléaire – les avancées et les blocages », *op. cit.*, p. 423.

¹⁹⁶⁴ On n'oubliera pas, en effet, que l'État peut réduire le *quantum* de la responsabilité en cas de risque réduit : *Convention de Paris* (2004), art. 7.b ; *Convention de Vienne* (1997), art. V.2 et art. V.3.

risque nucléaire¹⁹⁶⁵. Cette internalisation partielle constituerait ainsi la source d'une « subvention implicite » en faveur de l'exploitant¹⁹⁶⁶, voire, lorsqu'il se porte garant, une « aide d'État »¹⁹⁶⁷ qui ne trouve aujourd'hui plus aucune justification.

486. Une internalisation matérialisant une subvention implicite et injustifiée. Gratuite (sauf exception¹⁹⁶⁸), l'intervention de l'État dans la réparation du dommage nucléaire apparaît comme une subvention qui diminue artificiellement le coût du risque nucléaire, et crée une distorsion du marché : l'ensemble du coût de l'exploitation ne pouvant être reflété dans le prix d'un kilowattheure¹⁹⁶⁹. Historiquement, ce soutien pouvait se justifier pour encourager le développement de l'énergie nucléaire. Dans les circonstances actuelles, cette limitation serait toutefois devenue « anachronique »¹⁹⁷⁰ et « obsolète »¹⁹⁷¹. Des auteurs ont assurément mis en évidence le faible impact de cette « subvention » sur le coût de l'énergie nucléaire¹⁹⁷². Étant arrivé à maturité, le secteur pourrait néanmoins largement prospérer sans ces limitations¹⁹⁷³. Plus encore, leur suppression permettrait de rétablir de véritables règles de concurrence sur le marché¹⁹⁷⁴. D'un point de vue économique, cette limitation ne serait donc plus justifiée. Il en va de même d'un point de vue social. Le maintien de ce privilège accordé aux exploitants et cette défaveur faite aux victimes étaient initialement justifiés par la mise en balance entre les intérêts des victimes et les bienfaits que pouvait procurer l'activité concernée. Conduite dans « l'intérêt de l'humanité tout entière », elle n'apparaissait pas comme « une fantaisie individuelle, un luxe, dont seul le gardien tire profit ou plaisir », mais comme « une nécessité sociale »¹⁹⁷⁵. Ce bénéfice accordé à la société justifiait ainsi que les victimes ou l'État prennent en charge certaines externalités de ce risque¹⁹⁷⁶. Près de cinq décennies plus tard, non seulement cet encouragement ne serait plus nécessaire, mais les préoccupations des gouvernements ont également changé. Il en va notamment ainsi en raison de la perception de ces activités par l'opinion publique. Sujettes à une contestation latente du public, les perspectives d'expansion future de l'industrie

¹⁹⁶⁵ Voy. K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, op. cit., pp. 65-66. On fera néanmoins une exception concernant les conventions de réparation complémentaire dont les clefs de répartition prennent ces éléments en considération comme vu ci-avant.

¹⁹⁶⁶ K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, op. cit., p. 104 ; M. RADETZI, "Private Arrangements to Cover Large-Scale Liabilities Caused by Nuclear and Other Industrial Catastrophes", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 25, N°2, 2000, p. 180.

¹⁹⁶⁷ En droit de l'Union européenne, une aide d'État constitue une aide accordée à une entreprise au moyen de ressources publiques, procurant un avantage sélectif et affectant les échanges entre États membres et la concurrence. Elles sont par principe proscrite par ce droit : voy. *Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne*, JO C 326, 26 octobre 2012, art. 107 ; L. ARZANITI, A. RENSHAW, "Nuclear Liability and State aid: the Impact of EU Competition Rules" in M. BEYENS, D. PHILIPPE, P. REYNERS (dir.), *Prospects of a Civil Nuclear Liability Regime in the Framework of the European Union – Proceedings*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 117-144.

¹⁹⁶⁸ On soulignera ainsi qu'aux Pays-Bas, les exploitants payent une redevance pour l'indemnisation complémentaire fournie par l'État : voy. N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », op. cit., p. 52. Une argumentation a d'ailleurs été développée en ce sens en Allemagne : voy. G. WAGNER, « Versicherungsfragen der Umwelthaftung » in M. AHRENS, J. SIMON (dirs), *Umwelthaftung, Risikosteuerung und Versicherung*, 1996, pp. 101-102 référencé par M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., p. 112.

¹⁹⁶⁹ Voy. M. FAURE, K. FIORE, "An Economic Analysis of the Nuclear Liability Subsidy", *PAEL*, vol. 26, 2009, pp. 430 et ss ; E. DURANT-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, op. cit., p. 313.

¹⁹⁷⁰ N. PELZER « Le renouveau du nucléaire – un nouveau droit nucléaire ? », *BDN*, vol. 84, 2009/2, p. 19.

¹⁹⁷¹ L. DE LA FAYETTE, « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », *BDN*, vol. 50, 1992/2, p. 15

¹⁹⁷² Voy. A. HEYES, C. LISTON-HEYES, "Capping Environmental Liability: The Case of North American Nuclear Power", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 25, 2000, p.196

¹⁹⁷³ A. HEYES, C. LISTON-HEYES, "Capping Environmental Liability: The Case of North American Nuclear Power", op. cit, p. 197 ; M. FAURE, K. FIORE, "An Economic Analysis of the Nuclear Liability Subsidy", op. cit., pp. 438-441 ; M. FAURE, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.138.

¹⁹⁷⁴ K. FIORE, *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, op. cit., pp. 101.

¹⁹⁷⁵ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », op. cit., p. 511.

¹⁹⁷⁶ Voy. M.-P. COFFEY, "In Defense of Limited Liability – a reply to Hansmann and Kraakman", *George Mason University Law Review*, vol.1, 1994, pp. 69-70.

nucléaire – et le développement des activités de fusion – dépendront donc de la mesure dans laquelle l'on aura réussi à convaincre le public que les centrales nucléaires sont sûres et qu'en toutes hypothèses les victimes seront pleinement compensées des pertes engendrées. Pour cela, leur intérêt devrait constituer l'argument majeur en faveur d'une responsabilité illimitée.

ii. Les considérations relatives aux victimes

487. La double utilité de la responsabilité illimitée. En matière de responsabilité, le principe est celui de la réparation intégrale du dommage. En dépit de notre volonté de ne pas opposer théoriquement la limitation de la responsabilité et le principe de réparation intégrale, sauf à l'entendre globalement¹⁹⁷⁷, force est d'admettre que l'énergie nucléaire présente un risque de dommage illimité qui rend difficilement défendable l'idée selon laquelle une responsabilité limitée permet de satisfaire entièrement ce principe¹⁹⁷⁸. Des voix se sont ainsi élevées en doctrine à l'encontre de cette limitation arguant de l'atteinte portée à ce dernier. Pour Geneviève SCHAMPS, il serait ainsi illégitime d'autoriser la poursuite d'une telle activité et d'en faire supporter les conséquences aux victimes potentielles. Davantage, il ne reviendrait d'aucune manière « aux compagnies d'assurances d'établir le droit » et il ne serait guère plus « admissible que l'obligation de l'exploitant se résume aux paiements des primes étant donné le caractère spécifiquement dangereux de son activité »¹⁹⁷⁹. Cette vision emporte assurément la conviction. Il paraît cependant important d'y apporter quelques précisions.

Comme nous l'avons démontré, si la limitation de la responsabilité implique une limitation de la réparation *stricto sensu*, elle n'implique pas nécessairement une limitation de l'indemnisation. Bien qu'elle trouve ses propres limites, l'intervention étatique intervient tant au-delà qu'en dedans la responsabilité de l'exploitant. Cela étant, ce n'est pas dire que les victimes ne tireraient aucun bénéfice d'une responsabilité illimitée. Simplement, ce dernier ne serait pas, pour ainsi dire, indemnitaire. Il résiderait, en premier lieu, dans la dimension préventive que confère son caractère illimité à la responsabilité, et qui en incite l'exploitant à tout mettre en œuvre pour éviter de subir le poids de cette dette. En second lieu, il résiderait dans la dimension « psychologique » ressortant d'un tel mécanisme de réparation qui assure, à la victime, de voir « payer » le responsable véritable. Sans préjudice des réserves formulable compte tenu du caractère artificiel du lien d'imputation et sans préjudice des améliorations que le développement de la sûreté nucléaire a pu matérialiser¹⁹⁸⁰, ces questions feront l'objet de développements ultérieurs¹⁹⁸¹. Il s'agit simplement de constater que l'intérêt de cette distinction réparation/indemnisation paraît moins important si l'on doit se concentrer sur la seule question du traitement indemnitaire des dommages subis par les victimes. Dans ce contexte, le propos

¹⁹⁷⁷ Voy. note *supra* n°1728.

¹⁹⁷⁸ Voy. D. CURRIE, "The Problems and Gaps in the Nuclear Liability Conventions and an Analysis of How an Actual Claim Would Be Brought under the Current Existing Treaty Regime in the Event of a Nuclear Accident", *op. cit.*, p. 92 et T. HELDT, *A European Legal Framework for Nuclear Liability – Rethinking Current Approaches*, *op. cit.*, p. 146 : « [i]f one speaks about potential damage that could occur to people, states or the environment as large as a result of a nuclear accident, it is important to stress that there is no given limitation. Such damages are potentially unlimited, and catastrophes that have already occurred in the nuclear sector have shown that they indeed lead to very high damages ». C'est ainsi que l'on a pu faire référence *supra* note n° 1718 aux solutions du droit français : *Code de l'environnement*, art. L597-14.

¹⁹⁷⁹ G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, *op. cit.*, p. 931.

¹⁹⁸⁰ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1, A et § 2, B, 2.

¹⁹⁸¹ Sur la fonction préventive de la responsabilité : voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

doit alors concerner les limites générales des montants, qu'ils s'agissent d'une réparation basée sur la responsabilité ou une indemnisation basée sur l'intervention étatique. Cela concerne plus précisément la question de la réparation/indemnisation du dommage corporel.

488. Une limitation touchant spécifiquement les dommages corporels. Pour une partie de la doctrine française, l'impératif de réparation serait bien plus impérieux pour certains dommages que pour d'autres, et les auteurs s'accordent ainsi à considérer qu'il est nécessaire « de garantir la réparation des dommages corporels, en raison de l'importance vitale de cette indemnisation pour les individus concernés et pour la société tout entière »¹⁹⁸². Indéfectiblement liée aux droits fondamentaux de la personne humaine¹⁹⁸³, la limitation de la réparation du dommage corporel est ainsi généralement contestée dans le droit français, en dépit du fait qu'elle ne reçoive aucune protection particulière¹⁹⁸⁴. Ainsi, quand bien même quelques limitations apparaîtraient au sein de certains régimes tiers, la prise en charge du dommage corporel est de tout temps apparue comme prioritaire¹⁹⁸⁵. Sans qu'il soit besoin d'entrer dans le débat général concernant l'effectivité de la réparation de ces dommages¹⁹⁸⁶, la limitation opérée par le régime de responsabilité civile nucléaire suffit d'ores et déjà à mettre en péril la réparation ou l'indemnisation de ces dommages. La raison est plutôt évidente : elle résulte de l'impossibilité de hiérarchiser la réparation des dommages nucléaires. Les dommages corporels sont en effet les derniers à potentiellement survenir et peuvent, en sus, aussi évoluer¹⁹⁸⁷. Pour cela, leur compensation s'avère incertaine une fois épuisés les montants disponibles, et ce en dépit de toutes les précautions prises en ce sens par les rédacteurs des conventions¹⁹⁸⁸, ou les législateurs nationaux¹⁹⁸⁹. Cette situation n'avait d'ailleurs pas été sans susciter quelques inquiétudes tant parmi la doctrine nucléaire¹⁹⁹⁰ que parmi les politiques. Les discussions tenues à l'Assemblée nationale concernant le coût de la filière nucléaire française en témoigne :

« M. le rapporteur. Mais que se passe-t-il une fois dépassé le plafond des 700 millions d'euros ? [...] Si le plafond est nettement dépassé, qui sera indemnisé en premier ?

M. Gilles Trembley. Dans la tranche qui relève des assureurs, l'État français accorde une priorité à l'indemnisation des dommages corporels [...]

M. le rapporteur. Concrètement, en cas d'accident, si l'on dépense les 700 millions d'euros prévus par les textes pour indemniser les dommages corporels et matériels des victimes identifiées,

¹⁹⁸² S. CARVAL, P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p. 493 ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., p. 67.

¹⁹⁸³ P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, aspect théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, 445

¹⁹⁸⁴ Le principe de réparation intégrale ne bénéficie d'aucune protection constitutionnelle en France : voy. pour exemple CC, 11 juin 2010, N° 2010-2 QPC, JO 12 juin, p. 10847 et pour plus de développements *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

¹⁹⁸⁵ Voy. J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, op. cit., pp. 399 et ss.

¹⁹⁸⁶ Voy. néanmoins Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, 8^{ème} ed., Paris, Dalloz, 2015, 957 p. ; M. DENIMAL, *La réparation intégrale du préjudice corporel : réalités et perspectives*, thèse, Lille II, 2016, 597 p.

¹⁹⁸⁷ Voy. A. MURE, *L'évolution du préjudice de la victime en droit de la responsabilité civile*, thèse, Grenoble, 2019, 642 p.

¹⁹⁸⁸ Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. VIII.2 ; *Textes explicatifs*, p. 58, note 161 dont nous avons mis en lumière *supra* (Section 1, § 1, A, 2, b) la difficulté pratique.

¹⁹⁸⁹ Voy. *Code de l'environnement*, art. L597-14.

¹⁹⁹⁰ Voy. S. REITSMA, "An equitable distribution of compensation: realistic or wishful thinking", op. cit., pp. 350 et ss nuancé par T. MELCHIOR, p. 415: «you criticise the priority system, assuming that the main reason for such a system in relation to personal injury is that the damage may take a long time to manifest itself. This is true, but it is not the only reason for the priority system. Property damage at large (*i.e.* all the other heads of damage under the revised Vienna Convention to the exclusion of personal injury) is likely to exceed the personal injury caused. If funding is insufficient to cover the damage, without a priority system, only a minimum would be left to cover the personal injury if the compensation is distributed on a pro rata basis".

comment fera-t-on si l'on en identifie d'autres au bout de deux ans ? Cela est-il régulé par les textes ou bien le premier arrivé sera-t-il le premier servi ?

M. Gilles Trembley. Il m'est difficile de vous répondre en théorie tant chaque cas est particulier [...] Dans le cas de Fukushima, les dommages corporels sont restés limités...

M. le rapporteur. Pour l'instant ! Mais attendez une trentaine d'années !

M. Gilles Trembley. Il est effectivement très complexe de déterminer la part respective des dommages corporels et matériels, surtout que les assurances sont plafonnées. Mais si le cas devait se présenter, il serait traité de façon spécifique [...]

M. le rapporteur. Ma question était de savoir comment financer les 450 milliards d'euros de dommages évalués par l'IRSN.

M. Maurice Corrihons. Je ne saurais vous répondre [...].

M. le président François Brottes. Monsieur le rapporteur, êtes-vous satisfaits de cette réponse extrêmement claire et limpide ? Le monde des assurances ne relève pas d'une science exacte...

M. le rapporteur. J'entends bien que vous n'avez pas forcément la réponse. Reste que mon incompréhension est totale ! »¹⁹⁹¹.

Autrement dit, sauf à réduire la catégorie des dommages réparables, la limitation de la réparation/indemnisation présentera toujours un risque pour les personnes susceptibles de souffrir d'un dommage corporel différé. Au fond, le problème est cependant bien plus complexe et cet argument ne peut que participer partiellement à promouvoir une responsabilité illimitée. Qu'elle soit limitée ou non, le problème de la réparation ou de l'indemnisation des dommages nucléaires concernent plus généralement celui de son effectivité que de son principe.

b. Les arguments tenus à l'encontre d'une responsabilité illimitée

489. Des arguments communs au droit commun. Quoique apparaisse la pertinence des arguments en faveur d'une responsabilité illimitée de l'exploitant nucléaire, la justesse de ceux déployés par ses opposants doit également être soulignée. Reposant sur le caractère illusoire du principe de responsabilité illimitée, ces arguments ne lui sont d'ailleurs pas exclusifs. Dans le droit commun de la responsabilité civile français, ils ont également trouvé un écho à travers ceux ayant contesté le caractère excessif du principe de réparation intégrale, principalement à l'égard des répercussions que l'élargissement des préjudices réparables pouvait avoir sur la prise en considération « des impératifs budgétaires »¹⁹⁹².

490. Plan. Inévitablement, ces dernières considérations doivent donc rejoindre celle régulièrement exposée à l'encontre d'une responsabilité illimitée de l'exploitant nucléaire (i.). Le problème les

¹⁹⁹¹ Commission d'enquête relative aux coûts passés, présents et futurs de la filière nucléaire, à la durée d'exploitation des réacteurs et à divers aspects économiques et financiers de la production et de la commercialisation de l'électricité nucléaire, dans le périmètre du mix électrique français et européen, ainsi qu'aux conséquences de la fermeture et du démantèlement de réacteurs nucléaires, notamment de la centrale de Fessenheim, 10 avril 2014, Séance de 17 heures, Compte rendu n° 45.

¹⁹⁹² Cette question de la conciliation entre les « impératifs budgétaires » et le principe de réparation intégrale est principalement l'œuvre de M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, 493 p. Elle est depuis un thème récurrent dans la doctrine, comme il le sera montré en *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

dépasse cependant parce que les arguments évoqués incluent également l'assise de la légitimité de l'intervention limitée de l'État dans l'indemnisation du dommage nucléaire (ii.).

- i. Le caractère illusoire de la responsabilité illimitée de l'exploitant

491. L'absence d'effet concret de la responsabilité illimitée. La conception traditionnelle de la responsabilité civile est fondée sur une responsabilité individuelle ; c'est l'auteur du dommage qui doit supporter la charge de la dette de la réparation, de manière illimitée. En pratique, sa responsabilité sera toujours limitée au montant de la couverture fournie par une assurance quelconque ou à la valeur de ses biens, conformément à l'adage latin *ultra posse nemo obligatur*. Néanmoins, lorsque la responsabilité de l'exploitant est illimitée en termes de montant, la couverture de l'assurance ne peut *a priori* l'être :

« [b]ien qu'ayant nettement progressé par rapport à ce qu'elle était au tout début de l'industrie nucléaire, la capacité du marché des assurances nucléaires est limitée et l'a toujours été. C'est en effet cette capacité qui détermine en grande partie le montant de la responsabilité imposée aux exploitants nucléaires ainsi que la capacité de ces derniers de payer des primes qui ne soient pas exorbitantes »¹⁹⁹³.

Cette circonstance a ainsi constitué le principal argument développé par les opposants à l'instauration d'une responsabilité illimitée. Pour ces derniers, parce que la responsabilité illimitée ne peut être entièrement couverte par une garantie financière, il importerait finalement peu de limiter ou non la responsabilité de l'exploitant nucléaire. Le caractère illimité de la responsabilité serait biaisé par l'indisponibilité des fonds assurantiels nécessaires à couvrir entièrement cette responsabilité¹⁹⁹⁴. La responsabilité illimitée n'aurait ainsi « aucun sens »¹⁹⁹⁵. Cantonnée à « une déclaration de principe »¹⁹⁹⁶, elle serait même préjudiciable à la victime : l'absence de limite participant à limiter l'assurabilité du risque¹⁹⁹⁷.

Cela dit, d'aucuns ont été forcés d'objecter l'exactitude de cet argument, en relevant que dans un régime de responsabilité illimitée, le montant de la réparation disponible ne correspond qu'en partie au montant de la couverture fournie par l'assurance. On pourrait y ajouter la valeur nette des biens du responsable¹⁹⁹⁸. Dès lors, une limite de l'assurance ne justifie effectivement pas une limitation de la responsabilité congruente. Il serait donc possible de simplement introduire une obligation d'assurance à hauteur de la garantie financière disponible. L'avantage serait alors de ne pas perdre le bénéfice d'une responsabilité illimitée, notamment à l'endroit de sa dimension préventive ou « psychologique ». L'auteur du dommage mettant en jeu ses actifs personnels, il demeurerait, en effet,

¹⁹⁹³ J. SCHWARTZ, « Le droit international de la responsabilité civile nucléaire : l'après Tchernobyl », *op. cit.*, p. 45.

¹⁹⁹⁴ Voy. *Textes explicatifs*, p. 13 ; M. RADETZKI, « Limitation de la responsabilité civile nucléaire : causes, conséquences, et perspectives », *op. cit.*, p. 11 ; W. BREINING, « Réforme de la responsabilité en droit nucléaire – La responsabilité illimitée n'entraîne pas automatiquement une couverture illimitée des risques », *BDN*, vol. 25, 1980/1, pp. 78-79 ; N. PELZER, « Les principaux aspects du régime du régime international révisé de responsabilité civile nucléaire – les avancées et les blocages », *op. cit.*, p. 405 ; L. DE LA FAYETTE, « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁹⁵ M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, *op. cit.*, p. 110 renvoyant à M. FAURE, R. VAN DEN BERGH, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, 1989, pp. 339-342

¹⁹⁹⁶ L. DE LA FAYETTE, « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », *op. cit.*, p. 15

¹⁹⁹⁷ Voy. sur cet argument M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, *op. cit.*, p. 110

¹⁹⁹⁸ M. RADETZKI, « Limitation de la responsabilité civile nucléaire : causes, conséquences, et perspectives », *op. cit.*, p. 11.

incité à réduire le risque d'accident¹⁹⁹⁹. La victime tirerait une satisfaction cathartique dans l'atteinte portée à son patrimoine²⁰⁰⁰. Quant à l'argument selon lequel cette limitation serait favorable aux victimes en leur assurant une réparation minimum, il montrerait la même faiblesse. Étant donné le bas niveau des plafonds fixés par les législations nationales, notamment celles étant restées au niveau des conventions non-révisées, ils affirment que « dans certains cas les victimes étaient mieux protégées avant la mise en application de la législation sur la responsabilité nucléaire »²⁰⁰¹.

492. L'influence du risque de faillite de l'exploitant nucléaire. La difficulté à appliquer le principe d'une responsabilité illimitée survient néanmoins lorsque cette personne n'est pas financièrement en mesure de supporter le poids d'une telle réparation parce qu'elle est insolvable. Cet argument sert d'ailleurs aujourd'hui la cause de ceux qui dénoncent le refoulement de la dimension économique de la responsabilité civile en droit français considérant le problème aigu de financement auquel se heurte la société face à une demande indemnitaires croissante²⁰⁰². Il doit cependant montrer plus de vigueur dans le cadre d'un accident nucléaire. Dans ce contexte, il est en effet certain que c'est la volonté de ne pas « acculer à la ruine » l'exploitant nucléaire qui autorise à « fixer un seuil que ne saurait dépasser sa dette directe envers la victime »²⁰⁰³. Dans ce contexte, il est également envisageable que soit entendu l'argument régulièrement avancé selon lequel le coût d'une responsabilité illimitée internalisée serait inévitablement répercuté sur le prix des produits et donc supporté par l'ensemble des consommateurs²⁰⁰⁴. Mais, quoiqu'il a été démontré que la limitation de la responsabilité ne trouvait qu'une incidence économique relative (voire bienvenue²⁰⁰⁵), le problème est finalement plus profond que cela. Il concerne plus simplement le fait qu'en cas d'accident nucléaire, une confiscation des actifs ou même la reconnaissance d'un « *superprivilège* » au bénéfice des victimes²⁰⁰⁶ ne saurait suffire à dégager des sommes suffisantes pour permettre une indemnisation intégrale²⁰⁰⁷. Il n'y aurait donc aucune garantie quant à l'amélioration de la position des victimes dans pareille hypothèse, et ce particulièrement si l'accident nucléaire devait détruire le principal actif de l'exploitant, à savoir l'installation nucléaire elle-même²⁰⁰⁸.

En définitive, l'affirmation selon laquelle la situation des victimes pourrait se trouver valorisée en cas de responsabilité illimitée s'avérerait foncièrement théorique, sauf à faire intervenir un tiers payeur. Parce qu'il ne pourrait pas prendre la forme d'une assurance illimitée, sauf à conduire « *de facto* à

¹⁹⁹⁹ M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., p. 115 et ss et *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

²⁰⁰⁰ Voy. Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

²⁰⁰¹ M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., p. 115., p. 116.

²⁰⁰² Voy. notamment C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 246 et ss

²⁰⁰³ M-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 411

²⁰⁰⁴ Voy. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 168 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, op. cit., p. 247, et plus généralement sur le coût de la responsabilité pour la société *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

²⁰⁰⁵ Nous faisons écho aux mots de J. KNETSCH, « La responsabilité civile nucléaire en Europe : union ou confusion ? », op. cit., p. 41 considérant que cette répercussion du prix sur le consommateur « ne reflèterait au final que le coût réel du risque nucléaire ».

²⁰⁰⁶ Voy. *Code civil*, art. 2324 : « [l]e privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ». Justifiée par une « qualité humanitaire économique ou sociale », ce privilège est aujourd'hui accordé, parmi d'autres, aux victimes d'un accident dans les seules conditions prévues à l'article 2332, 8 du *Code civil*. Pour cela, il a été avancé la possibilité de reconnaître, notamment en cas de « dommage de masse », la reconnaissance de ce privilège voir d'un superprivilège aux victimes de dommages corporels : voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommage de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 358.

²⁰⁰⁷ L. DE LA FAYETTE, « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », op. cit., p. 15.

²⁰⁰⁸ J. SCHWARTZ, « Le droit international de la responsabilité civile nucléaire : l'après Tchernobyl », op. cit., p. 45 ; J. KNETSCH, « La responsabilité civile nucléaire en Europe – Union ou confusion », op. cit., p. 36.

l'abandon du nucléaire »²⁰⁰⁹, ce tiers devrait être une [autre] collectivité plus ou moins réduite et concernée²⁰¹⁰. Dit autrement, le choix serait laissé entre une collectivité réduite (un pool d'exploitants ?) ou une collectivité élargie matérialisée par l'État et, subsidiairement, ses cocontractants. Pour ceux s'inscrivant en faveur d'une limitation de la responsabilité, la réponse apparaît évidente et matérialise leur second argument. Il s'agirait, sans aucun doute, de l'État, lequel est le seul à pouvoir, mais également à devoir, supporter le coût d'un dommage cessant « d'être tangible, mesurable et administrable »²⁰¹¹ montrant toute l'inadaptation de la responsabilité civile.

ii. Le caractère pressant de la responsabilité limitée de l'exploitant

493. Une inadaptation naturelle de la responsabilité civile justifiant l'intervention de l'État. Le régime de responsabilité civile nucléaire étant un régime dérogatoire de droit privé, les partisans de la limitation d'une responsabilité de l'exploitant nucléaire se sont prévalus de sa nature pour contester une responsabilité illimitée de l'exploitant nucléaire. Leur argument ont ainsi rejoint celui ayant motivé *ab initio* l'instauration d'un droit spécial : le fait que le droit civil, qui « régleme les relations entre personnes à un niveau économique comparable », ne soit pas « conçu pour traiter des dommages de nature exceptionnelle »²⁰¹². Jouant ainsi sur la dichotomie entre le droit privé et le droit public, l'implication de l'État serait inéluctable, car « lui seul peut faire face, avec d'autres États, à la responsabilité de dommage au coût illimité »²⁰¹³. De prime abord, on peut comprendre cet argument. À bien y regarder, si l'ensemble du régime de responsabilité civile devait avoir été construit autour de cette limitation de la responsabilité de l'exploitant dans son *quantum*, c'est parce les rédacteurs ont toujours été conscients que le droit civil des États n'était pas conçu pour faire face à des catastrophes : « l'intervention directe du soutien du Budget se passe davantage de commentaire, les victimes de catastrophe ne pourront attendre leur entier dédommagement que de la collectivité même »²⁰¹⁴. Pourtant, à l'heure où l'on envisage des solutions alternatives, tel que des *pools* d'exploitants, cet argument ne paraît plus suffisant à défendre le recours aux fonds publics ou une limitation de la responsabilité²⁰¹⁵. Pour cela, ledit argument devait être déployé dans un second versant : celui selon lequel cette inadaptation de la responsabilité civile devait pas expliquer l'intervention étatique. Elle la commande.

494. Une inadaptation de la responsabilité civile commandant une intervention de l'État. Si la question de la justification de l'intervention de l'État a déjà fait l'objet de développements

²⁰⁰⁹ F. LÉVÊQUE, *Nucléaire On/Off : Analyse économique d'un pari*, Paris, Dunod, 2013, p. 125 : « [s]ans surprise, la responsabilité illimitée, assortie d'une garantie illimitée est, par échec annoncé, défendue par les opposants antinucléaires. Une telle réforme juridique conduirait *de facto* à l'abandon du nucléaire ».

²⁰¹⁰ Ne pas préciser « autre » laisserait sous-entendre que le coût de l'assurance ne se répercute pas sur la collectivité, ce qui n'est a priori pas le cas bien qu'on puisse douter de son ampleur.

²⁰¹¹ W. BREINING, « Réforme de la responsabilité en droit nucléaire – La responsabilité illimitée n'entraîne pas automatiquement une couverture illimitée des risques », *op. cit.*, p. 79.

²⁰¹² N. PELZER, « Les principaux aspects du régime international révisé de responsabilité civile nucléaire – les avancées et les blocages », *op. cit.*, p. 402.

²⁰¹³ J-P. MIGNARD, S. MABILE, S. ET M. MABILE, *Sûreté nucléaire – Droit et gouvernance mondiale*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 218-219.

²⁰¹⁴ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 514 ; C. STOIBER, A. BAER, N. PELZER ET W. TONHAUSER, *Manuel de droit nucléaire*, *op. cit.*, p. 128.

²⁰¹⁵ Voy. *supra* § 1, A, b.

conséquents, il s'agit ici de relever son incidence sur le caractère limité de la responsabilité de l'exploitant. Sans préjudice de sa (non) justification juridique, cette intervention a en effet servi de support à l'argument selon lequel cette intervention de l'État dans l'indemnisation du dommage nucléaire ne constitue plus seulement la contrepartie de son consentement à sacrifier une partie de sa population²⁰¹⁶. Elle est également la contrepartie du fait que sa responsabilité n'ait jamais été clairement affichée au côté de celles des exploitants. Certes, les conventions internationales n'affectent d'aucune manière les droits et les obligations d'un État contractant en vertu du droit international public²⁰¹⁷. Néanmoins, en l'absence d'un régime de responsabilité *même sans illicéité* applicable aux États, il faudrait pouvoir démontrer que l'accident nucléaire résulte d'un manquement de l'État à une obligation internationale²⁰¹⁸. Si une telle responsabilité avait d'ailleurs été envisagée lors de l'accident de Tchernobyl, elle n'a toutefois jamais été mise en œuvre²⁰¹⁹. Outre les limites que suppose le principe de canalisation²⁰²⁰, il en irait de même dans l'ordre interne à l'endroit d'une éventuelle responsabilité administrative de la puissance publique²⁰²¹. Ainsi, les tribunaux japonais ont réussi à dépasser le principe de canalisation et opéré une redistribution du risque entre l'État et l'exploitant dans le cadre de l'accident de Fukushima. Il n'en demeure pas moins que la responsabilité était fondée sur une faute de l'administration japonaise²⁰²². Sans préjudice du principe de canalisation, l'hypothèse n'est également pas à exclure qu'un État puisse être tenu responsable devant les tribunaux d'un autre État. Elle est toutefois rare et complexe à mettre en application²⁰²³. Ces limites constitueraient ainsi un argument de taille à l'encontre d'une responsabilité illimitée de l'exploitant parce qu'elle participerait à exclure toute intervention de l'État comme débiteur principal de l'indemnisation :

« [...] le défaut le plus grave du régime de responsabilité civile est constitué par l'un de ses principes fondamentaux : l'État où se trouve l'installation échappe à toute responsabilité (ou aux obligations qui en découlent) en ce qui concerne les conséquences de ses actions ou omissions. Car, il ne faut pas oublier que les exploitants nucléaires n'opèrent pas indépendamment de tout contrôle

²⁰¹⁶ Voy. W. E. BELSER, « Examen des solutions apportées par les lois nationales et les conventions internationales sur la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire », *op. cit.*, p. 83

²⁰¹⁷ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 16 bis ; *Convention de Vienne* (1963, et 1997), art. XV.

²⁰¹⁸ Sur ces questions voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2.

²⁰¹⁹ Voy. *supra* note n°1843.

²⁰²⁰ La recherche d'une responsabilité de l'état au soutien de la responsabilité de l'exploitant pourrait contredire le principe de canalisation. En effet si l'Exposé des motifs de la convention de Paris précise que « la convention ne vise que la responsabilité civile [...] ce principe ne peut affecter [...] les principes de droit international public concernant la responsabilité éventuelle des États entre eux », il ne tranche pas sur l'existence d'une responsabilité administrative, en raison, très certainement, de l'inexistence de cette dualité juridictionnelle au sein de certains États : voy. *Exposé des motifs* (2004), *op. cit.*, pp. 14, § 28.

²⁰²¹ Le droit commun de la responsabilité administrative repose sur la faute. Certes, il est des hypothèses de responsabilité même sans faute. Néanmoins, et comme il le sera vu *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 1, la mobilisation d'une telle responsabilité supposerait que l'État soit le créateur direct du risque. Dans le cas contraire, cela reviendrait à encourager une évolution peu souhaitable : voy. Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

²⁰²² Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 1, a.

²⁰²³ Cette hypothèse se verrait, en effet, potentiellement opposée les immunités de juridictions, lesquelles sont levées dans le cadre des conventions principes qu'à l'égard de l'État exploitant. La distinction acte *de jure imperii/de jure gestionis* est ainsi traditionnellement admise pour déterminer les actes qui appellent une immunité de juridiction et ceux qui n'en n'appelle pas, à tout le moins en ce qui concerne les États. Certes, la matière des immunités demeure assez floue, en dépit d'une Convention codificatrice (non entrée en vigueur) : voy. *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens*, adoptée le 2 décembre 2004, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n°49 (A/59/49). Néanmoins que si la responsabilité de l'État était recherchée pour son rôle dans la survenance de l'accident nucléaire (autre qu'en tant qu'exploitant sécularisé), il y aurait fort à parier que l'immunité puisse s'opposer à cette action : voy. pour exemple CIJ, *Immunités juridictionnelles (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)*, 3 février 2012, Rec. CIJ, p. 99 et plus généralement S. EL SAWAH, *Les immunités des États et des organisations internationales*, Paris, Larcier, 2011, 878 p. ; I. PREZAS, « Immunités internationales », *JCL Droit international*, fasc. 409-50, 2021 ; C. KESSEDJIAN, « Immunités », *Répertoire Dalloz de droit international*, 2021. Sur cette hypothèse, voy. néanmoins OCDE/AEN, *Responsabilité et réparation des dommages nucléaires*, *op. cit.*, p. 112 ; P. SANDS, *Chernobyl : law and communication : transboundary nuclear air pollution – the legal materials*, *op. cit.*, p. 26 ; R. LEFEBER, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, *op. cit.*, pp. 244-245

des pouvoirs publics. Bien au contraire, ce sont les gouvernements qui décident au premier chef de recourir à des moyens nucléaires, qui autorisent les installations nucléaires et qui, en dernier ressort, contrôlent leur exploitation. En outre, en droit international, c'est l'État qui est responsable de tout dommage susceptible d'être causé par des installations nucléaires fonctionnant sous sa juridiction ou son contrôle. C'est pourquoi toute responsabilité encourue du fait de dommages nucléaires doit se fonder sur la responsabilité incombant à l'État [...] »²⁰²⁴.

Si l'on comprend l'argument, il n'emporte cependant pas la conviction. Assurément, nous adhérons à l'idée selon laquelle la responsabilité de l'État ne doit pas être occultée d'un régime de responsabilité visant la réception d'une activité à risque, et comprenons la pertinence des débats qui avaient d'ailleurs été menés en ce sens lors de la révision de la Convention de Vienne²⁰²⁵. Néanmoins, l'argument ne nous paraît pas suffisant à justifier la limitation de la responsabilité de l'exploitant nucléaire. Nous l'avons déjà évoqué *supra*, il paraît, sinon impossible, à tout le moins dangereux, de considérer, par principe, que l'État puisse être tenu responsable du fait des dommages causés par des activités sur le seul principe qu'elles se situent sur son territoire ou qu'elles sont entreprises sous son contrôle²⁰²⁶.

495. Conclusion intermédiaire. Somme toute, les arguments exposés par les deux camps sont pertinents. En toute hypothèse, et même assurée, une responsabilité illimitée ne pourra pas davantage protéger les victimes, et notamment les victimes de dommages corporels : sauf à accepter le principe d'une intervention étatique. Réciproquement, la limitation de la responsabilité et l'intervention de l'État autorise une subvention implicite de l'énergie nucléaire qui s'avère peu justifiée en l'état actuel du développement de cette énergie (de fission) ; cela alors que d'autres solutions pourraient permettre d'aboutir à un résultat satisfaisant tout en permettant de viser les créateurs directs du risque. Nous faisons évidemment référence aux *pools* d'exploitants. De plus, le principe acquis d'une indemnisation complémentaire par l'État apparaît critiquable car l'État ne peut être « l'assureur multirisque de la population ». Le danger serait d'ailleurs qu'en « se préoccupant en priorité de l'indemnisation, il ne soit pas attentif aux risques et à leur prévention »²⁰²⁷.

Au terme de ce débat, il apparaît, selon nous, que la fixation d'un *quantum* de responsabilité ou d'indemnisation est en réalité imposée par la nature du risque nucléaire, qu'il soit voulu ou non. Au cœur du débat, il est, en effet, éludé une réalité concrète. Que l'intervention de l'État ait pu constituer une justification tant au maintien de la responsabilité limitée de l'exploitant qu'à celle de sa responsabilité illimitée, la question de sa propre limitation n'a été que trop peu abordée par les commentateurs. Ainsi, si l'on a fait référence à l'incidence du report du coût de la responsabilité illimitée sur la collectivité des consommateurs, il en va de même lorsque celui-ci est supporté par l'État. Quoiqu'il ait parfois été argué que nul ne peut prévoir le seuil maximum que la collectivité est

²⁰²⁴ L. DE LA FAYETTE, « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », *op. cit.*, pp. 19, 29.

²⁰²⁵ L'hypothèse d'une Convention visant à élargir la responsabilité civile nucléaire à l'État était initialement l'alternative envisagée à l'adoption du Protocole de 1997. Elle fut cependant abandonnée en raison de la concurrence de ce travail avec celui de la Commission du droit international : voy. Textes explicatifs, pp. 19, 27 et *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

²⁰²⁶ Il faudrait au minimum que l'État ait manqué à une obligation lui incombant ou qu'ils entretiennent un lien suffisamment étroit avec l'activité pour que sa responsabilité soit justifiée, comme cela pourrait être le cas de la responsabilité subsidiaire dans le cadre des ouvrages publics. Sur cette question voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

²⁰²⁷ CE, *Rapport public 2005, Responsabilité et socialisation du risque*, Études et document n°56, Paris, La Documentation française, 2005, p. 315. L'institution nuance néanmoins cette position considérant certains impératifs d'indemnisation, notamment en cas de risque inassurable.

prête à payer et à supporter²⁰²⁸, il n'en demeure pas moins que « le coût supporté par la collectivité n'est pas extensible à l'infini » et que les sommes utilisées se répercuteront forcément sur la population entravant inévitablement le dynamisme économique²⁰²⁹. Aussi que le coût se reporte sur le prix de l'énergie nucléaire par le biais d'une responsabilité illimitée visant une internalisation ou par le prix des sommes qui seront engagées par l'État reviendrait *in fine* au même. Le débat peut donc se résumer autour de deux arguments. D'une part, le fait d'autoriser une énergie qui présente pour tous, exploitant, assureur et même l'État un coût incommensurable, résulte d'un choix politique. D'autre part, il résulte du choix à faire entre protéger l'exploitant et le développement de cette énergie ou « responsabiliser » l'exploitant en le faisant apparaître comme responsable principal jusqu'à ce qu'il n'y ait d'autres choix que de faire intervenir une collectivité plus élargie. Ainsi, et quoique l'on puisse se situer dans une impasse, il reste néanmoins à envisager la mesure dans laquelle ce débat pourrait être attisé par le risque nucléaire de fusion.

2. La portée du débat sur l'exploitation de la fusion

496. L'opportunité du maintien de la limitation de la garantie financière. Tant les avantages que les inconvénients exposés ci-devant à la responsabilité illimitée peuvent constituer le socle argumentaire de l'adéquation ou de l'inadéquation de la responsabilité limitée de l'exploitant nucléaire de fusion. Cela dit, il est cette différence que le risque créé par la fusion nucléaire, s'il s'avère *a priori* de moindre ampleur, n'en reste pas moins incertain. Quelle que soit la particularité des différentes disciplines scientifiques, les méthodes d'évaluation des risques rencontrent en effet une difficulté commune ; celle de rendre compte d'un risque de façon exhaustive²⁰³⁰. Or, nous en avons déjà convenu, l'existence d'un risque incertain, et donc difficilement mutualisable, est susceptible de poser des problèmes d'assurabilité. Tel pourrait donc être le cas du « risque radiologique réel » de la fusion²⁰³¹. Dès lors, il est de deux choses l'une. Soit l'on confie au jugement de l'assurance le futur de la fusion nucléaire en interprétant leurs réserves éventuelles comme le signe que « l'assurance trouve logiquement ses limites au moment où l'humanité ne dispose plus de la capacité de régler les problèmes de son existence... raisonnablement »²⁰³². Soit, convaincus des avantages de l'exploitation de la fusion et de son faible risque, on réitère le raisonnement anachronique déjà tenu à l'endroit du principe de responsabilité exclusive. En d'autres termes, on trouve un moyen d'offrir aux assureurs une prévisibilité suffisante pour assurer ce risque nouveau mais *a priori* réduit en limitant leur obligation en tant que tiers payeur. Le problème étant que la limitation de la garantie financière obligatoire de

²⁰²⁸ C. COUTANT LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, op. cit., p. 265.

²⁰²⁹ CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public, Paris, La documentation française, 2005, p. 313 considérant ainsi que et que « la contribution à la couverture d'un risque [...] n'est admissible que si cette contribution reste à un niveau raisonnable ». Sur cette problématique des impératifs budgétaires dans le droit de la responsabilité civile : voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

²⁰³⁰ Voy. OCDE, *Les risques émergents au 21^{ème} siècle*, Paris, Ed. OCDE, 2003, 325 p. ; G. BENTOGGIO, J.P. BETBÈZE, *L'État et l'assurance des risques prospectifs*, op. cit.

²⁰³¹ Voy. AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux installations de fusion », op. cit., p. 2.

²⁰³² Voy. M. WATHELET, « Les préoccupations de l'homme politique » in T. BALLARINO, J. VERHOEVEN et a, *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 12 rapportant les propos du représentant de Münchener Rück lors du centenaire de ce premier groupe mondial de réassurance en 1980.

l'exploitant pourrait alors influencer sur le *quantum* de sa responsabilité, à tout le moins sur son montant « réel ».

497. Une limitation d'assurance influant une limitation de l'indemnisation. En effet, nonobstant une diminution de la garantie financière, la question de la limite de la réparation se poserait toujours. D'un côté, une responsabilité illimitée pourrait poser plusieurs difficultés. D'une part, elle pourrait autoriser à ce qu'il soit porté atteinte aux actifs personnels de l'exploitant, et ainsi le dissuader de s'aventurer sur le terrain de la fusion nucléaire. D'autre part, compte tenu de l'incertitude entourant le risque de fusion, elle pourrait conduire à mettre partiellement à la charge de l'État le coût d'un accident, c'est à dire au-delà du coût supporté par l'assurance et en l'absence de solutions alternatives. Or cette intervention, nous venons de l'évoquer, ne pourrait *a priori* être fondée sur un mécanisme de responsabilité. Intervenant *ex post* l'accident, elle sera donc nécessairement une intervention matérialisant la contrepartie de son choix d'avoir opté pour une responsabilité illimitée face à un risque potentiellement inconnu, et guidée par l'équité, la solidarité ou toute autre justification dissimulant cet acte de charité²⁰³³. Institutionnalisé *ex ante* l'accident, elle serait une forme de subvention implicite visant le développement de cette nouvelle forme d'énergie. Elle aurait, en sus, ses propres limites. D'un autre côté, il se pourrait, comme énoncés *supra*, que l'application des limites du régime de responsabilité civile nucléaire à la fusion compromette l'acceptation de cette nouvelle source d'énergie. L'opinion publique serait ainsi tentée de considérer que les risques sont d'un ordre de grandeur similaire et donc entraver le futur développement des installations de fusion²⁰³⁴. Le signal envoyé serait ainsi ambigu quand elle est affichée comme un mode de production d'énergie plus sûre. Or les perspectives d'expansion future des activités de fusion pourraient dépendre de la mesure dans laquelle on aura réussi à convaincre le public que ces installations sont véritablement sûres et qu'en toutes hypothèses les victimes seront pleinement indemnisées au cas où un accident viendrait à se produire²⁰³⁵.

En résumé, le fait que limitation dans son *quantum* de la responsabilité des exploitants puisse être écartée, mais pas son obligation de garantie financière, emporterait un décalage dont les conséquences seront supportées par l'État, ou sa communauté contractante. De plus, cela pourrait dissuader l'exploitant de s'engager dans l'expérience de la fusion. Mais la réciproque constituerait un signal social susceptible de mettre en péril le développement de cette industrie. Au fond, ce dilemme serait cependant dû principalement à l'existence d'une incertitude entourant le risque de la fusion nucléaire. Pour cela, il s'agira, pour tenter de trouver une solution, d'envisager spéculativement le coût d'un accident nucléaire de fusion et, surtout, son influence sur l'application du régime conventionnel.

B. L'inadaptabilité de la limitation : la réduction du « patrimoine nucléaire »

498. Enjeux du problème. Au stade actuel du développement de la fusion nucléaire, toute tentative d'estimation du risque demeure de la spéculation. Tel est du moins le constat servant à

²⁰³³ Sur les fondements de l'indemnisation sociale, voy. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre 1.

²⁰³⁴ AEN, « Responsabilité et garanties financières pour les risques liés aux installations de fusion », NEA/NLC/Doc(2005)4.

²⁰³⁵ Voy. L DE LA FAYETTE, « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », *op. cit.*, p. 15.

l'argumentation des partisans du maintien de la limitation dans son *quantum* de la réparation des dommages nucléaires. Pour les réfractaires à un tel maintien, cette limitation ne serait en effet pas justifiée au regard de la disproportion entre la faible ampleur présumée du risque et les montants élevés fixés par la convention²⁰³⁶. Afin de trouver un compromis entre les thèses en présence, l'idée a été avancée que les montants de responsabilité pouvaient être adaptés au risque présumé. Cela permettrait, d'une part, de ne pas imposer aux exploitants de fusion, et donc leurs assureurs potentiels, un chiffre démesuré de garantie financière. D'autre part, cela permettrait de promouvoir l'image d'une source d'énergie sûre auprès du grand public. Cependant, il faut garder à l'esprit que les montants actuellement instaurés sont, de toute évidence, en deçà du coût réel d'un accident nucléaire, et qu'en raisonnant ainsi, une mauvaise estimation du risque pourrait porter tant préjudice aux victimes qu'à la population économique cachée derrière la figure de l'État intervenant.

499. Plan. C'est pourquoi avant d'envisager la possibilité d'une telle adaptation, qui trouvant sa source dans le régime conventionnel pourrait en révéler l'adéquation avec l'exploitation de la fusion (2.), il convient de s'assurer, dans la limite du savoir disponible, de son opportunité (1.).

1. Le coût potentiel d'un accident nucléaire de fusion

500. Les enjeux de l'estimation du coût d'un accident nucléaire. Pour reprendre les mots de Pierre MOMAL, « la culture du risque c'est d'abord connaître ses risques et chercher à les estimer toujours mieux — pour ensuite y faire face »²⁰³⁷. Le coût d'un accident nucléaire doit être estimé. Un accident nucléaire peut avoir des incidences négatives sur de multiples facteurs, allant de la santé du public et des employés à la stabilité de la société. En l'absence de quantification, les décisions qui feraient intervenir ce coût prêteraient le flanc à de nombreux biais idéologiques et à la pression des intérêts privés. Plus encore, elles ne permettraient pas de faire progresser la connaissance.

501. Plan. Pour autant, de telles études s'avèrent relativement difficiles à conduire. Estimer le coût d'un accident nucléaire implique, en effet, de naviguer entre la diversité des méthodes (a.), puis la diversité des scénarios (b.).

a. La pluralité des méthodes d'évaluation

502. Une estimation nécessitant de s'entendre sur l'objet de l'analyse. Nombreuses sont les études ayant été menées afin de déterminer le coût potentiel d'un accident nucléaire de fission²⁰³⁸. Unique est pourtant le constat concluant la lecture de chacune d'elle : l'impossibilité de déterminer avec précision

²⁰³⁶ Voy. AEN, « Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Conventions : Fusion Reactors », *op. cit.* ; AEN, « Responsabilité et garanties financières pour les risques liés aux installations de fusion nucléaire », *op. cit.*

²⁰³⁷ P. MOMAL, « Comment estimer le coût d'un accident nucléaire ? » in *Le risque nucléaire et la décision publique*, intervention à l'École Normale Supérieure, Paris, 14-16 novembre 2011, p. 1

²⁰³⁸ L'évaluation des coûts et des probabilités liés à la survenance d'un accident nucléaire a fait l'objet d'une abondante littérature économique, remontant aux travaux de DUBIN et ROTHWELL dans les années 1990 : voy. OCDE/AEN, « Méthodes d'évaluation des conséquences économiques des accidents nucléaires », Paris, Ed. OCDE, 2000, 119 p. ; P. PICARD, « L'évaluation économique du risque nucléaire », *Ecole Polytechnique, Cahier*, vol. 26, 2014, 33 p. ; ASN, *Compte rendu du Séminaire pluraliste sur l'évaluation économique du risque d'accident nucléaire*, 24 octobre 2014, 31 p. ; SFEN, « Le coût des accidents nucléaires », note de la section technique « Economie et stratégie énergétique », février 2015, 19 p. ; H. SMETS, « Le coût des pollutions accidentelles » in *La réparation des dommages catastrophiques*, *op. cit.*, pp. 23-46 ; F. LÉVÊQUE, « Le risque d'accident nucléaire majeur : calcul et perception des probabilités », Working paper 13— ME-02 ; IRSN, « Méthodologie appliquée par l'IRSN pour l'estimation des coûts d'accidents nucléaires en France », PRP-CRI/SESUC/2013-00261, 2013, 68 p.

le montant total des conséquences dommageables résultant d'un tel évènement²⁰³⁹. Une telle impossibilité réside vraisemblablement dans la combinaison de plusieurs facteurs liés principalement aux différences de méthodes employées fonction faite des résultats recherchés. Ainsi, une première difficulté survient dès lors que l'on cherche à établir le coût d'un accident nucléaire ; celle de ne pouvoir le résumer « à une définition unique »²⁰⁴⁰. Historiquement, « les coûts d'accident nucléaire ont été estimés sur la seule base des coûts radiologiques hors site », c'est-à-dire, « les conséquences sanitaires de l'accident et les coûts des contre-mesures mises en œuvre pour les réduire, essentiellement les interdictions de consommations de denrées contaminées »²⁰⁴¹. Dans la logique économique actuelle, on tend davantage à évaluer un coût total, c'est-à-dire un coût correspondant à la somme des avantages perdus, que l'on tenterait de quantifier comme la somme en argent qui « serait nécessaire pour rétablir le bien-être des individus »²⁰⁴². Cela implique alors de prendre en considération l'ensemble des conséquences de l'accident qu'elles soient directes ou indirectes, compte tenu des biais méthodologiques qu'elles sont susceptibles d'entraîner²⁰⁴³.

503. Un objet d'analyse changeant au grès des objectifs poursuivis. En fait, s'il n'existe pas un coût unique pour un accident nucléaire, c'est parce que celui-ci dépend étroitement de l'objectif poursuivi par l'évaluation. Sans objectifs précis, les estimations du coût d'un même accident peuvent varier considérablement, en témoignent d'ailleurs les différentes études ayant été menées à la suite de l'accident de Tchernobyl, l'accident de Fukushima n'ayant pas encore pu faire l'objet d'une évaluation définitive²⁰⁴⁴. L'estimation du coût d'un accident nucléaire de fusion n'aurait donc de sens que si l'objectif de l'évaluation est précisé : chaque objectif ayant sa logique propre, et plus encore, chaque objectif établissant son propre scénario accidentel. Dès lors, l'objectif nous intéressant étant celui visant à évaluer le coût des dommages à la suite d'un accident de fusion, il impose d'utiliser « une méthode différente de celle utilisée afin de calculer les effets économiques totaux de l'accident nucléaire » ; une méthode propre « aux systèmes de réparation »²⁰⁴⁵.

b. L'incertitude de la méthode des systèmes de réparation

504. Une incertitude résultant des particularités de l'installation. Le calcul du coût total d'un accident nucléaire impose de prendre en considération l'ensemble des effets possibles de l'accident dans une zone géographique déterminée. Il en va autrement pour le calcul du coût de la réparation des dommages. Se fondant sur le régime conventionnel, la méthode employée doit tenir compte des demandes individuelles, du champ géographique des conventions, et se borner à limiter le coût aux

²⁰³⁹ Voy. OCDE/AEN, « Méthodes d'évaluation des conséquences économiques des accidents nucléaires », *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁴⁰ E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, *op. cit.*, p. 304.

²⁰⁴¹ P. MOMAL, « Comment estimer le coût d'un accident nucléaire ? », *op. cit.*

²⁰⁴² OCDE/AEN, « Méthodes d'évaluation des conséquences économiques des accidents nucléaires », *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁴³ On pensera notamment à la difficulté à évaluer le coût des effets psychologiques, des dommages environnementaux ou des effets d'image. *Ibid.* pp. 16 et ss : voy. OCDE/AEN, « Méthodes d'évaluation des conséquences économiques des accidents nucléaires », *op. cit.*, pp. 16 et ss ; S.F.E.N., « Le coût des accidents nucléaires », *op. cit.*, pp. 3-4.

²⁰⁴⁴ Ces différences ont notamment été mises en évidence par E. DURAND-POUDRET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, *op. cit.*, pp. 306-307 sur la base de l'étude de J. M. SAMET, J. SEO, *The financial Costs of the Chernobyl Nuclear Power Plant Disaster : A Review of the Literature*, Institute for Global Health, 2016, 49 p.

²⁰⁴⁵ OCDE/AEN, « Méthodes d'évaluation des conséquences économiques des accidents nucléaires », *op. cit.*, p. 34 ; SFEN, « Le coût des accidents nucléaires », *op. cit.*, p. 4.

seules conséquences déterminées par lesdites conventions : les dommages nucléaires²⁰⁴⁶. Cependant, même lorsque l'on choisit de se limiter à l'évaluation des stricts coûts de ces conséquences prédéfinies, celle-ci n'est pas aisée. Elle dépend, en effet, de multiples autres facteurs : la conception de l'installation concernée, sa localisation, l'ampleur des transports transfrontières que son exploitation de cette installation ou encore les circonstances météorologiques ayant entourés l'accident qui y surviendrait²⁰⁴⁷. Ce faisant, il est difficile d'évaluer quelles seraient les conséquences financières d'un accident occurrent sur une installation de fusion, et des études en ce sens seraient actuellement menées par l'organisation ITER. Il est possible, cependant, de comparer leur ordre de grandeur avec un accident occurrent sur une installation de fission, et ce, principalement, du fait des connaissances acquises sur le tritium.

505. Une incertitude partiellement dépassée par la connaissance du tritium. Le tritium présente de faibles risques pour la santé humaine²⁰⁴⁸, et on estime même qu'ils seraient inférieurs à ceux de la manipulation de radio-isotopes à usage médical ou industriel²⁰⁴⁹. Selon les auteurs de l'*European Fusion Power Plant Conceptual Study*, les doses radiologiques maximales reçues par le public dans l'éventualité de l'accident le plus grave susceptible de se produire dans le réacteur d'une installation de fusion n'approcheraient pas les niveaux auxquels de nombreuses réglementations nationales exigent une évacuation de la population²⁰⁵⁰. Pour le Secrétariat de l'Agence pour l'énergie nucléaire, l'un des scénarios les plus défavorables, supposant la dispersion de tritium dans les eaux souterraines locales, serait une contamination des approvisionnements en eau pendant plusieurs jours. Bien qu'un tel rejet puisse s'avérer bien supérieur aux usages médicaux, il ne s'agirait pas d'un ordre de grandeur comparable à celui des accidents nucléaires majeurs tels que Tchernobyl ou Fukushima. Dès lors, les dommages susceptibles d'en résulter pourraient s'avérer moins nombreux et de moindre ampleur. Les dommages aux biens seraient *a priori* relativement limités du fait du faible risque de contamination engendré par le tritium et de la faible possibilité de l'occurrence d'une explosion sur l'installation susceptible d'engendrer leur destruction²⁰⁵¹. Il en irait de même, vraisemblablement, pour les dommages corporels et ceux en découlant²⁰⁵². Enfin, on pourrait aisément arguer du coût réduit des

²⁰⁴⁶ Voy. OCDE/AEN, « Méthodes d'évaluation des conséquences économiques des accidents nucléaires », *op. cit.*, p. 34.

²⁰⁴⁷ Pour exemple, les études de sûreté menée sur l'installation ITER envisagent des scénarii impliquant un fort mistral ou une forte pluie. Cela pourrait, en effet, avoir une conséquence au regard de la propagation des matières radioactives (ex : eau tritiée).

²⁰⁴⁸ Voy. *supra* Section 1, § 2, A.

²⁰⁴⁹ Voy. AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », *op. cit.*

²⁰⁵⁰ Voy. EFDA, « A Conceptual Study of Commercial Fusion Power Plant [...] », *op. cit.*, p. iv.

²⁰⁵¹ En cas de pollution des eaux souterraines locales, ils pourraient néanmoins être existants. En effet, un accident nucléaire pourrait avoir une incidence sur de potentielles cultures avoisinantes. Dans cette hypothèse, la contamination pourrait imposer de détruire les fruits d'une culture et constitué une perte éprouvée (*damnum emergens*). Elle pourrait dans le même temps constituer en un dommage immatériel (*lucrum cessans*) par le gain manqué que cette perte occasionne. De la même manière, et quand bien même aucune récolte n'aurait été détruite, le rendement amoindri de la terre du fait de la contamination du sol, ou de la contamination par les eaux pourraient constituer un dommage matériel (par l'atteinte portée au sol dont l'individu serait propriétaire si une telle atteinte est admise – référence faite à l'affaire *Merlin* déjà évoquée) ou immatériel « économique » (par le rendement amoindri du fait d'une dégradation de l'environnement). Enfin, et bien que nous ayons affirmé qu'un accident nucléaire survenant sur une installation de fusion ne devrait vraisemblablement imposer aucune restriction alimentaire, la crainte occasionnée par l'accident nucléaire pourrait éventuellement à elle seule entraîner un dommage économique pur du fait d'une baisse de consommation caractérisée par une atteinte à l'image de leur exploitation, sous réserve de tout ce qui a été développé *supra* (et notamment de la causalité) : voy. pour exemple TGI Paris, 6e ch. 1re sect., 15 mai 2012, n° 09/07424. Ou pour des faits ressemblants Cass. civ. 2., 8 mars 2012, n° 11-14.254.

²⁰⁵² Il subsisterait même sans atteinte consolidée à l'intégrité physique de la personne, la possibilité de survenance de certains dommages immatériels résultant de dépenses de santé et de frais divers temporaires liés à la prise en charge de la victime par des services de santé suite à un accident nucléaire, voire l'existence d'un dommage moral si tant est que celui-soit accepté par le droit du tribunal compétent.

mesures préventives dès lors qu'un accident nucléaire de fusion n'impliquerait hypothétiquement ni évacuation de la population ni approvisionnement en iode stable²⁰⁵³.

Somme toute, le coût d'un accident nucléaire de fusion se révélerait *a priori* bien inférieur au coût d'un accident nucléaire survenant sur une installation de fission nucléaire. Pour cela, on peut comprendre l'argument selon lequel les montants instaurés par les conventions de responsabilité civile nucléaire apparaissent conséquemment beaucoup trop élevés. Dès lors, il convient de rechercher s'il existe dans le régime conventionnel, un moyen d'adéquation entre le risque créé par l'exploitation de la fusion nucléaire et les montants des indemnisations supportés par l'exploitant nucléaire ou par son assurance au titre dudit régime, tout en trouvant le moyen de ménager l'espoir qu'ont les victimes d'être pleinement dédommées pour les dommages résultants de cette nouvelle industrie.

2. Les montants réduits des conventions

506. Un recours possible aux montants réduits de responsabilité. Même lorsque l'on choisit de se limiter aux « stricts coûts » de ces conséquences définies, ceux-ci se sont toujours avérés être, en cas d'accident majeur de fission, supérieurs aux montants établis par les conventions sur la responsabilité civile nucléaire²⁰⁵⁴. Parallèlement (peut-être même paradoxalement), les rédacteurs des conventions de responsabilité civile ont introduit en leur sein des dispositions destinées à abaisser les montants de réparation des dommages nucléaires, dont l'étude a été introduite *supra*²⁰⁵⁵. Ces dispositions ont ainsi constitué la base sur laquelle les partisans d'une réduction des montants applicable à la fusion nucléaire ont construit leur argumentation. Il s'agit de celles autorisant l'État *ab initio* à réduire le montant de la responsabilité, et surtout de la garantie financière compte tenu du risque réduit présenté par l'installation nucléaire en cause²⁰⁵⁶. Insérée initialement dans la Convention de Paris par le protocole de 1982, cette disposition avait pour but d'éviter de mettre à la charge des exploitants nucléaires concernés des coûts injustifiés d'assurance ou de garantie financière. Justifié par le fait que l'exploitation de certaines installations nucléaires ou le transport certaines substances nucléaires ne sont pas susceptibles de causer des accidents de grande ampleur, l'usage de cette modulation a néanmoins fait l'objet d'une recommandation invitant les Etats à « satisfaire les demandes en réparation excédant le montant ainsi réduit, à concurrence du montant de responsabilité des exploitants nucléaires en général »²⁰⁵⁷. Or, cette disposition a été l'objet de révision. D'abord, le protocole de 2004 est venu en augmenter le montant à 70 millions d'euros, et est venu obliger l'État à

²⁰⁵³ Voy. *supra* Section 1, § 2, A.

²⁰⁵⁴ Au 7 juin 2018, TEPCO avait ainsi déjà payé 8310,3 milliards de yens (environ 64 milliards d'euros) pour la réparation des dommages issus de l'accident de Fukushima, un chiffre non définitif bien qu'il ait été mis en lumière par le Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants un faible impact de la radioactivité sur les individus : voy. TEPCO, "Records of Applications and Payouts for compensation Nuclear Damage" disponible sur <https://www.tepco.co.jp/en/comp/images/jisseki-e.pdf>; UNSCEAR, "Levels and effects of radiation exposure due to the accident at the Fukushima Daiichi Nuclear Power Station" (2021), *op. cit.*, p. 199 : "greater incidence of thyroid cancer and abnormalities observed in those screened than were expected based on national statistics [...] Increasing body of evidence that the observed thyroid cancer are not attributable to radiation exposure [...] no persuasive evidence of any other health effect attributable to radiation exposure".

²⁰⁵⁵ Voy. *supra* § 1, A, 1.

²⁰⁵⁶ La décision de classer telle ou telle installation, ou le transport de substances nucléaires, comme présentant un risque réduit revient à l'État. En France, cette décision revient à l'ASN sur la base d'un décret fixant les conditions d'exploitations d'une installation.

²⁰⁵⁷ Recommandation du Conseil de l'OCDE, « 16 novembre 1982, [C(82)181] » in OCDE/AEN (1990), *Convention de Paris – Décisions, Recommandations, Interprétations, op. cit.*, p. 12.

assurer l'indemnisation des dommages dont le coût s'étendrait au-delà de cette limite²⁰⁵⁸. Quant au Protocole de 1997 portant amendement la Convention de Vienne, il est venu, tout simplement, en consacrer la possibilité²⁰⁵⁹. Alors, certes la question se poserait de savoir si ces coûts sont véritablement adéquats pour le cas d'un accident de fusion. Il nous est toutefois impossible d'y répondre. En revanche, il est possible que ces montants de responsabilités réduits – parce qu'ils permettent une garantie financière subséquemment limitée – ne répondent pas aux inquiétudes du public. Celui-ci pourrait soit y voir la manifestation d'un risque réduit soit, à l'inverse, ne pas comprendre la mesure dans laquelle ce risque réduit devrait alors appeler une limitation non nécessaire. Mais face à ces doutes, il apparaît, en réalité, que les textes conventionnels peuvent présenter une solution relativement satisfaisante.

507. Un recours privilégié aux montants réduits de garantie financière. Pour rappel, on suppose que l'incertitude du risque de fusion imposerait que soit déterminé *ab initio* le montant de la garantie financière. On suppose également qu'une responsabilité illimitée de l'exploitant pourrait être bienvenue au vu du contexte social et du risque réduit. Ferait-on alors face à un dilemme ? La réponse est négative. Rappelons, en effet, que les conventions n'avaient initialement pas été rédigées avec cette idée que les États envisagent une responsabilité illimitée. Quand cette idée s'est finalement imposée aux rédacteurs, cette possibilité aurait pu être institutionnalisée avec cette conviction qu'elle répondait au constat selon lequel un accident entraînerait nécessairement de lourdes conséquences. En d'autres termes, il aurait été tout à fait compréhensible que les rédacteurs fassent le choix de limiter les montants de garantie financière d'une responsabilité illimitée à un seuil correspondant peu ou prou au montant « plancher » de « droit commun » : 700 millions d'euros pour la Convention de Paris et 300 millions DTS pour la Convention de Vienne. Tel n'a pourtant pas été leur choix.

Une responsabilité illimitée ne s'opposant pas à la volonté des États de prendre en considération le risque réduit d'une installation, les conventions prévoient la possibilité de réduire uniquement le montant de la garantie financière à hauteur des montants visés²⁰⁶⁰. Il en résulte que l'application de ces montants à la fusion permettrait de matérialiser un compromis acceptable. L'exploitant serait responsable de manière illimitée aux fins de rassurer le grand public sur le développement de l'énergie de fusion. En revanche, il ne serait obligé de constituer une garantie financière qu'à hauteur des montants réduits prévus par les conventions. Parce que le risque devrait apparaître moindre, la réparation des potentiels dommages ne devrait ainsi pas mettre en péril ses biens personnels ou justifier une intervention étatique. Dans le cas contraire, l'État sera sommé d'intervenir pour assurer l'exploitant. Son intervention sonnerait alors comme la contrepartie d'avoir autorisé une garantie s'avérant *ex post* insuffisante et pour avoir mal apprécié le risque présenté par les installations.

Et à cet endroit, le seul cas problématique resterait encore celui d'ITER à l'égard duquel « l'intervention étatique » commanderait certains ajustements. Il n'a en effet jamais été remis en cause

²⁰⁵⁸ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 7.b et 10.c et *supra* note n°1748.

²⁰⁵⁹ Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. V.2 et V.3.

²⁰⁶⁰ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 10.b. ; *Convention de Vienne* (1997), art. VII.b.

que l'État hôte ne participe pas à la réparation/indemnisation des dommages lorsqu'il était question d'une organisation internationale²⁰⁶¹. Constituant en lui-même une association d'État, l'intervention qu'impliquerait un accident de survenant sur le site de cet exploitant devrait néanmoins appeler à un mode de répartition du coût entre ses membres, voire entre l'organisation et la France, État non-membre de l'organisation, mais hôte de l'installation. C'est dans ce sens que l'Accord entre l'Autriche et l'AIEA concernant les laboratoires de Seibersdorf prévoyait la possibilité d'une action récursoire de l'État contre l'Organisation internationale²⁰⁶². Cette question n'appellera cependant pas plus de développements. En effet, la répartition *sui generis* de l'indemnisation que pourrait imposer le statut d'organisation internationale d'ITER sera propre au fonctionnement interne de cette institution²⁰⁶³, et si l'État français pourra apparaître comme le distributeur des fonds, il pourrait, sous réserve d'arrangement, ne pas en être le fournisseur. À bien y regarder, aucune des Conventions étudiées n'impose une origine particulière quant aux fonds alloués par l'État hôte. Quant à son incidence sur une éventuelle mise en cause de l'État français, hôte, non de la seule installation, mais plus généralement de l'organisation internationale, elle fera l'objet de développements ultérieurs²⁰⁶⁴.

Aussi, la seule limite intrinsèque de ces propositions réside dans le fait que cette solution soit non applicable en raison d'une non-adhésion aux conventions révisées. En effet, si l'on peut saluer le fait qu'au moment où nous achevons ce travail, pareille solution pourrait être envisagée dans le cadre de la Convention²⁰⁶⁵, elle est moins certaine dans le cas de la Convention de Vienne. Nombreux sont les États à être encore à la Convention de Vienne de 1963 qui ne prévoit pas une telle possibilité. Elle n'est en revanche pas exempte de limites extrinsèques, lesquelles seront l'objet des conclusions qui suivront et du regard porté sur l'ensemble du propos qui vient d'être tenu.

508. Conclusion du §. Somme toute, compte tenu des modulations contenues dans le texte des conventions à l'endroit du *quantum* de la responsabilité de l'exploitant, ceux-ci pourraient s'avérer compatibles à un accident de fusion nucléaire. Qu'il nous ait été permis d'avoir exposé les tenants et les aboutissants du débat relatif à la question de la limitation de la responsabilité de l'exploitant nucléaire, ce choix reviendra *in fine* aux seuls États concernés. Une fois établi le panel des possibilités que présente les textes pertinents, c'est en effet selon leur seule conviction que se verra ou non limiter responsabilité des exploitants, ou simplement diminuer (ou non) leur obligation de garantie financière. Si la fusion ne devait finalement pas présenter les conséquences de faible ampleur qu'on lui vante, il resterait encore cette possibilité pratique de recourir à l'intervention de l'État, voire de la communauté contractuelle.

Cela étant, ces flexibilités conventionnelles sont appréciables si tant est que le risque issu de l'exploitation de la fusion justifie qu'on y recourt, c'est-à-dire si tant est que ces les activités de fusion

²⁰⁶¹ Voy. AIEA, *Comité permanent de la responsabilité civile en matière de dommage nucléaire*, A.J.N.U., 1964, p. 198 et l'Accord entre l'Autriche et l'AIEA relatif aux laboratoires de Seibersdorf, 1^{er} mars 1982, *RTNU*, vol. 1404, p. 129, art. VI.

²⁰⁶² Voy. Accord entre l'Autriche et l'AIEA relatif aux laboratoires de Seibersdorf, *op. cit.*, art. VI, §§ 3-4 et sur cette question P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales*, *op. cit.*, p. 285.

²⁰⁶³ Des propositions auraient déjà été formulées au sein de l'organisation en ce sens visant à une réparation des montants entre les différents membres, incluant l'État français.

²⁰⁶⁴ Voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²⁰⁶⁵ Grâce à l'entrée en vigueur du Protocole de 2004.

trouvent une place au sein du régime conventionnel. Ainsi, une obligation de garantie financière réduite accompagnée d'une responsabilité illimitée constitue une proposition de compromis dans le cadre du régime conventionnel eu égard aux enjeux politiques qui sous-tendent l'exploitation de la fusion. Elle constitue une conciliation entre un risque présumé faible, un besoin de rassurer le public et un besoin de rassurer les assureurs faisant face à un risque nouveau et incertain, et donc difficilement mutualisable. Nonobstant qu'il nous ait été permis de conclure ce propos de façon pragmatique en exposant une solution somme toute acceptable *au regard des conventions* ne doit réciproquement pas faire obstacle à toute réflexion sur son principe et ses modalités, n'eusse-t-elle qu'une « valeur » strictement « académique »²⁰⁶⁶. Elle ne doit également pas exclure toute appréciation portée sur son opportunité (au-delà du fait que cette possibilité n'est envisageable que dans le cadre des conventions révisées).

509. Conclusion de la Section et du Chapitre. L'étude menée dans cette dernière Section a pu montrer toute la difficulté à appréhender les modalités du mécanisme institué par les conventions. Mêlant réparation et indemnisation, ce dernier suscite beaucoup d'interrogations, notamment à l'endroit de la place qu'y occupe l'intervention de l'État hôte au côté d'une responsabilité (par principe) limitée de l'exploitant. Or au moment d'y mettre un terme, nous ne pensons pas que « l'intervention directe du soutien du Budget se passe [...] de commentaire »²⁰⁶⁷. Cette situation dans laquelle l'État devient l'assureur du risque créé par d'autres ne satisfait pas totalement. Si nous avons tenté d'en chercher des justifications, la quête a été ardue nous obligeant à recourir à des avatars ou à simplement admettre qu'elles s'imposaient par la nature du risque nucléaire, lequel oblige ces actes de solidarité dont le fondement se trouve dans le régime conventionnel « dessin[ant] la couleur de ses règles et son système de responsabilité »²⁰⁶⁸. Or ces justifications pourraient encore perdre en force quand des solutions permettraient d'éviter que soit acquise par principe l'intervention indemnitaire de l'État, mais ne seraient tout simplement pas exploitées telles que cela est le cas des *pools d'exploitant*. Alors certes, ces solutions pourraient être insuffisantes dans le cadre d'un accident de fission, car une mobilisation de tous les acteurs étatiques ou non étatiques pourrait ne même pas suffire à en couvrir les conséquences. Mais il n'est pas ici question de fission nucléaire. Il est question de fusion nucléaire où ces solutions pourraient éventuellement suffire s'il devait être *in fine* démontré le caractère réduit de son risque, et donc du coût de ses accidents. Cela n'exclurait alors pas que l'État intervienne, mais suivant un fondement de responsabilité plus traditionnel, que cette intervention au titre du régime conventionnel (– mêlée au principe de canalisation pour le droit interne) devait, au souvenir de l'intervention de Louise DE LA FAYETTE, avoir participé à dissimuler.

De plus, si le caractère fastidieux de cette étude concernant le *quantum* de la réparation (– indemnisation) tranche avec la simplicité de la solution que nous venons de proposer eu égard à

²⁰⁶⁶ Z. EL SHAAROUÏ, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire : étude comparative*, op. cit., p. 396. Voy. E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », op. cit., p. 682 ; Y. MARTIQUET, *L'autonomie du droit nucléaire*, Thèse, Université de Nîmes, 2015, pp. 257, 412.

²⁰⁶⁷ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », op. cit., p. 514 ; C. STOIBER, A. BAER, N. PELZER et W. TONHAUSER, *Manuel de droit nucléaire*, op. cit., p. 128

²⁰⁶⁸ Z. EL SHAAROUÏ, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire : étude comparative*, op. cit., p. 396.

l'exploitation de la fusion, c'est finalement que cette solution apparait quelque peu paradoxale. En *présumant* que le risque réduit et nouveau présenté par la fusion invite à une obligation de garantie financière limitée, mais à une responsabilité illimitée, où se situe l'intérêt de les intégrer dans le régime conventionnel ? En effet, en dehors de ce régime, les droits des États ne pourraient-ils pas tout aussi bien autoriser à parvenir à un résultat similaire ; cela compte tenu du fait que les assureurs seront toujours libres de moduler les garanties qu'ils offrent suivant leur capacité ? N'est-ce pas dans ce sens que l'on pourrait adhérer à l'idée de ceux pour qui « les victimes étaient mieux protégées avant la mise en application de la législation sur la responsabilité nucléaire »²⁰⁶⁹ ? Et plus encore si le faible risque de la fusion autorise à ce qu'il soit recouru à des montants réduits, la limitation que cette responsabilité impose à l'endroit des dommages réparables trouve-t-elle toujours un intérêt ? Plus encore, l'ensemble de ce régime initialement motivé par le coût et l'ampleur susceptible de résulter d'accident de fission trouve-t-il encore un intérêt ?

Arrivée au terme, cette étude fastidieuse ne paraît donc pas inutile tant elle montre que la solution finalement proposée a le mérite d'être facile et rapidement applicable, mais qu'elle pourrait ne pas être satisfaisante une fois porté un regard sur l'ensemble du régime de responsabilité civile nucléaire. Le lecteur comprendra donc qu'il s'agira de porter une vue d'ensemble sur le régime, et donc d'inclure la conclusion du *Chapitre*, directement dans celle de ce *Titre*, laquelle permettra, également de compléter la conclusion du *Chapitre 1* laissée inachevée.

²⁰⁶⁹ M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., p. 116.

CONCLUSION DU TITRE II

En 1970, José Maria LOPEZ OLACIREGUI écrivait, à propos du régime de responsabilité civile nucléaire, que « la question se pose de savoir si le dommage nucléaire constitue réellement un phénomène nouveau qui ébranle les structures de tout ce qui est connu »²⁰⁷⁰. Sans contredire l'idée qui avait été avancée dans notre Introduction de thèse selon laquelle il n'est jamais rien de nouveau ou de totalement inédit, la réponse est partiellement positive. Le développement de l'énergie nucléaire a quelque peu bouleversé les structures de la responsabilité civile dans le droit des États en faisant de solutions connues « une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté »²⁰⁷¹. D'abord, la spécificité de l'accident nucléaire, évènement anonyme, a imposé de déroger aux règles du droit commun de la responsabilité, notamment par la consécration, inédite, du principe de canalisation. Le caractère international de ce même accident a imposé de rechercher des solutions dans le droit international privé, lesquelles ont elles-mêmes été imposées par le coût des dommages susceptibles d'en résulter et de leur spécificité quantitative. Anonymes, insidieux, ces dommages, en sus d'être nombreux, pouvaient donc être causés à distance à des générations non encore conçues ou à des populations géographiquement éloignées. Or, si cette spécificité a imposé de chercher des solutions, en limitant tant matériellement que temporellement la responsabilité de l'exploitant, et par derrière lui le tiers payeur susceptible d'intervenir, c'est que ces derniers devaient s'avérer relativement coûteux. Aussi, afin de ne pas accabler les exploitants nucléaires, chefs de rang de cette industrie naissante, il a fallu également limiter dans son montant la responsabilité de ces derniers, mais afin de ne pas pénaliser les victimes, chercher parallèlement des solutions dans la mobilisation d'autres acteurs, à savoir l'État puis la communauté contractuelle. À bien y regarder, le régime de responsabilité civile nucléaire repose donc initialement sur un paradoxe. D'un côté, il a marqué par un élargissement du droit de la responsabilité : un élargissement de son champ d'application géographique, un élargissement du fondement de la responsabilité qui n'imposait plus que soit recherchée la faute de quiconque, un élargissement des acteurs susceptibles d'intervenir dans l'indemnisation des dommages. D'un autre côté, il en a matérialisé un resserrement : une centralisation du traitement juridictionnel des demandes en réparation (-indemnisation), une limitation *ratione materiae* des dommages réparables, et une limitation *ratione temporis* de leur prise en charge. *In fine*, le nucléaire a donc, sinon ébranlé, du moins bousculé les structures de tout ce qui était connu.

Étant admis que le dommage nucléaire a « bousculé » les structures de tout ce qui était connu, une question plus particulière se posait au départ de ce Titre : celle de savoir si le *dommage de fusion constituait également un phénomène nouveau qui doit également ébranler les structures de tout ce qui était connu*. A cet endroit, la réponse apportée est foncièrement négative. Le régime de responsabilité civile nucléaire étant aujourd'hui connu, le dommage de fusion, sous réserves des modalités formelles de son intégration, n'en bouscule pas les structures. En effet, rien ne s'opposerait aujourd'hui

²⁰⁷⁰ J.-M. LOPEZ OLACIREGUI, « Responsabilité civile et droit nucléaire », *BDN*, n° 5, 1970/1, p. 32.

²⁰⁷¹ G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? » in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, I.P.A.-I.A.E, 1981, p. 770.

concrètement à ce que les dommages susceptibles d'être causés par les activités de fusion soient substantiellement couvertes par les règles de responsabilité du régime conventionnel. Parce que *qui peut le plus, peut le moins*, les règles ainsi instaurées et créées pour des accidents de grandes ampleurs pourraient tout aussi bien s'appliquer à un accident de fusion dès lors qu'il est une donnée (quasi) inchangée : celle selon laquelle l'accident susceptible de résulter d'une activité de fusion devrait *a priori* créer des dommages liés à la radioactivité et qu'un tel accident commande en toute hypothèse une responsabilité *même sans faute*.

Cela étant, on ne saurait se satisfaire de la réponse à cette seule question. Si, anachroniquement, la question s'était posée de savoir si le dommage de fusion *aurait dû justifier que l'on ébranle les structures de tout ce qui est connu*, la réponse aurait été plus mitigée. Arrivé au terme de l'étude du régime, et indépendamment des conditions liées à l'applicabilité des instruments conventionnels, nous ne sommes en effet pas convaincus que les principes du régime de responsabilité civile nucléaire se justifie à l'endroit d'un accident de fusion ou des dommages qu'ils pourraient occasionner. Plus exactement, notre réponse dépend du risque associé à l'exploitation de cette énergie, nous oblige à envisager deux hypothèses.

La première hypothèse est celle dans laquelle un accident de fusion, et les dommages en résultant, seraient susceptible de revêtir les mêmes caractéristiques qu'un accident de fission. Dans ce cas, notre réponse à la question posée serait *plutôt* positive. « *Plutôt* » parce que notre étude, au-delà de s'intéresser aux spécificités de la fusion, a également permis de mettre en exergue les faiblesses de ce régime. En effet, quoique ce dernier ait pu constituer le régime de droit international le plus abouti pour ce qui concerne la réception des dommages causés par un activité à risque, force est de constater qu'il souffre aujourd'hui de certains défauts. Il souffre, d'une part, d'une faiblesse dans l'unité des règles applicables, en raison de l'insuffisante ratification des conventions révisées. Or ces dernières, en dépit des inquiétudes qu'elles ont suscitées, proposent néanmoins des avancées remarquables à l'endroit des victimes tout en assurant une certaine protection à l'exploitant. Il souffre, d'autre part, de défauts intrinsèques. Le débat relatif à la responsabilité illimitée, au principe de canalisation ou encore au traitement centralisé des demandes en réparation en témoignent. Les défauts explicatifs de la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant, la question de la priorisation ineffective des victimes en dépit des limites apportées par la limitation *ratione materiae* des dommages réparables en témoignent de nouveau. L'intervention ambiguë et protéiforme de l'État quand celle-ci pourrait connaître des alternatives en témoigne encore. Mais à l'image de l'homme qui le crée, aucun régime n'est parfait. Aussi, et bien qu'il soit certain que le régime pourrait connaître des améliorations, il n'en est pas moins apparu que ces principes pourraient trouver une application opportune aux activités de fusion nucléaire si la nature de son risque devait justifier que soit ainsi encouragé le développement de cette énergie. Dans ce contexte, on ne pourrait toutefois que noter le paradoxe que susciterait l'application de ces solutions pour le grand public auprès duquel on vante l'exploitation d'une source d'énergie plus sûre et moins dévastatrice. Or, c'est cette considération qui nous a conduit à proposer la possibilité pour les États de compenser cette crainte en faisant le choix d'une garantie financière

réduite (qui serait, en sus, à la faveur des assureurs réticents) associée à une responsabilité illimitée. Mais c'est également à cet endroit que naît un nouveau paradoxe nous conduisant à l'étude de la seconde hypothèse.

Comme nous l'avons exposé à la conclusion de la dernière *Section* de ce *Titre*, cette solution a, en partie, été proposée parce que le risque associé aux activités de fusion nucléaire apparaîtrait d'un ordre de grandeur bien inférieur à celui associé aux activités de fission nucléaire. Or si tel était véritablement le cas, notre réponse à la « véritable » question serait susceptible de changer. Hormis l'exigence subsistante d'une responsabilité *même sans faute* et le constat irrémédiable d'une assurance limitée (cette limite lui étant « naturelle »), deux nouvelles questions se poseraient.

La première serait celle de l'identification du risque caractéristique de ces activités. Quoique nous ayons pu relativiser les doutes émis à cet endroit, le tritium n'est pas le seul élément « dangereux » d'une activité de fusion. Il en va également ainsi du béryllium. Sans dénier l'existence d'un risque nucléaire, et sans oublier la possibilité laissée par les textes de qualifier un dommage mêlant radioactivité et autre propriété toxique de dommage nucléaire, la situation pose tout de même la question de savoir quelle serait la marge de manœuvre laissée au juge pour assimiler certains dommages résultant de matières dangereuses comme des *dommages nucléaires* en cas d'accident²⁰⁷². Plus généralement, elle pose la question de savoir quelle est le véritable risque qui caractérise ces activités.

La seconde question serait celle de la nécessité de protéger les exploitants par l'application des principes y étant afférents au sein du régime. Face à un risque d'accident au coût réduit, le principe de canalisation, dont on peine à saisir le fondement théorique, serait-il toujours justifié ? Faudrait-il nécessairement utiliser ce bouclier juridique quand d'aucuns ont pu montrer qu'une meilleure organisation du marché assurantiel permettrait de s'en priver ? Quel serait le véritable apport de ce principe à l'endroit des victimes d'un accident de fusion ? De même, si initialement, la limitation *ratione temporis* devait être commandé par le contrôle des montants disponibles dépendant de la garantie financière, l'ampleur limitée de l'accident pourrait-elle autoriser un retour à l'application des délais butoir de droits communs plus favorables aux victimes ? Pour ces mêmes raisons, une circonscription des dommages réparable *ratione materiae* serait-elle encore justifiée, voire l'organisation d'intervention de l'État, et de la communauté contractante, dans la réparation du dommage ? Enfin, et surtout, en présence d'une responsabilité illimitée et d'un montant *a priori* disponible, serait-il encore nécessaire de centraliser les demandes des victimes devant un tribunal unique afin de contrôler les dépenses si tant est que les États soient dotés d'une législation adéquate ? « *Si tant est que les soient dotés d'une législation adéquate* », car finalement, au terme de ce *Titre*, il nous semble que c'est un point que l'on devra retenir. En effet, s'il apparaît que l'application de tous les principes issus du régime de responsabilité civile nucléaire ne seront peut-être pas justifiée à l'endroit du risque nucléaire de fusion, il est néanmoins une constante et un élément ne faisant aucun doute : le fait que les États se dotent d'une règle de responsabilité adéquate, c'est-à-dire une règle permettant

²⁰⁷² Voy. *supra* Chapitre 2, Section 1, § 2, B, 1.

d'obtenir une compensation *même sans faute* et apte à réceptionner les dommages causés par la poursuite d'activités à risque. Cela est du moins le constat qui devra ressortir de la conclusion de cette *Première Partie*.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Dès l'introduction de cette thèse, visant à questionner les modalités de la réparation des dommages susceptibles de résulter des activités de fusion nucléaire, un double constat avait été établi. Premièrement, l'essor croissant, depuis la révolution industrielle, des activités technologiques présente partout des risques dont la réalisation peut entraîner des conséquences dramatiques pour la vie et l'intégrité physique des individus. Deuxièmement, en dépit de leur essor croissant et leur propension à entraîner des dommages, les activités technologiques dangereuses n'ont jamais fait l'objet d'un véritable traitement unifié. Nonobstant des facteurs ayant concouru à un mouvement d'unification et de concentration des questions de responsabilité en droit international, ce mouvement ne s'est jamais matérialisé que par l'adoption de conventions sectorielles s'élevant en des « microsystèmes autonomes les uns à l'égard des autres dépourvus de la contrainte d'obéir à une rationalité globale »²⁰⁷³. Sans apporter de réponse unifiée à la problématique holistique de l'exposition des sociétés à l'exploitation d'activité à risque, le droit international devait donc renvoyer à la compétence des droits internes pour organiser la réception des dommages résultant de ces activités. Face à ces constats, il paraissait donc à la fois risqué mais opportun de s'aventurer dans une réflexion sur l'adaptation du régime de responsabilité civile nucléaire à l'exploitation de la fusion. D'un côté, l'étude rendait la chose complexe que ce régime trouve sa formulation dans un instrument de droit international né des volontés souveraines et nécessitant ainsi leur expression lorsque doit s'imposer une adaptation. D'un autre côté, parce qu'il trouve justement sa formulation dans un instrument de droit international autorisant une harmonisation minimale des législations internes, l'intégration des activités de fusion en son sein apparaissait être une solution privilégiée. Au moment de mettre un terme à cette étude, le constat apparaît néanmoins mitigé, quoique riche d'enseignements. Certes, l'on a pu conclure à l'adaptation de ce régime aux activités de fusion. Il n'en est pas moins apparu qu'une telle application comme les efforts qu'elle implique pourraient s'avérer disproportionnée eu égard à la nature du risque associé à ces activités de fusion. Que ce soit sur la forme comme le sur le fond, ce dernier a en effet montré certaines limites.

Sur la forme, l'étude a mis en exergue tout le paradoxe de l'ambition d'établir un tel régime dans l'ordre international. Après que l'exemple de la Convention de Lugano insidieusement citée en *Introduction* et jamais entrée en vigueur a été un témoin de la rigueur du droit international, les conventions sur la responsabilité civile nucléaire n'ont certainement pas participé à infirmer ce constat. À bien des égards, elles ont révélé les complexités qu'appellent leurs modifications. Pour intégrer les activités de fusion, ces conventions devront être appelées la mise en œuvre de procédures d'amendements lourdes, potentiellement chronophages – en témoigne l'entrée en vigueur excessivement récente du Protocole de 2004 à l'heure où est écrite cette conclusion – et laissant subsister un risque intrinsèque de fragmentation – en témoigne encore la coexistence des Conventions

²⁰⁷³ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 324.

de Vienne. Alors certes, ces difficultés apparaissent surmontables, dès lors que doit poindre les potentialités de l'interprétation comme mécanisme d'adaptation informel. Mais aussi souple qu'apparaisse cette modalité, on ne peut ignorer la portée tant réduite qu'incertaine des solutions qu'elle propose. Surtout, et si tant est que l'on opte pour l'une ou l'autre de ces solutions, il faut encore être sûr qu'elles constituent un juste prix à payer. Autrement dit, il faut encore être sûr que le régime devenant ainsi applicable soit substantiellement adéquat au risque nucléaire de fusion.

Or sur le fond, la réponse apportée à l'adéquation du régime de responsabilité civile nucléaire aux installations de fusion est plus mitigée. Certes, et comme nous l'avons conclu au terme du Titre précédent, rien n'empêcherait concrètement que les dispositions du régime de responsabilité civile nucléaire s'appliquent au risque nucléaire de fusion, ou plus exactement aux conséquences de sa réalisation. A bien y regarder, les textes conventionnels prévoient même des dispositions permettant d'apaiser les craintes, tant des exploitants ou des assureurs que du public. Tel est ainsi le cas lorsqu'il autorise l'État à adapter le montant de la garantie obligatoires à un risque réduit tout en consacrant une responsabilité illimitée de l'exploitant nucléaire. Cela étant, le propos a également permis de montrer toute la complexité de ce régime qui, oscillant entre protection des victimes et préservation de l'industrie nucléaire, est le jeu de prescriptions dérogatoires excessivement interdépendantes et, parfois, dénuées de toute justification juridique. Aussi, à l'heure où ce régime fait l'objet de vives critiques à l'endroit de ses principes inédits – ces mêmes principes que l'on présentait comme nécessaires à rendre effective la réparation des dommages – il n'est pas certain que son application à la fusion nucléaire apparaisse si opportune. Plus encore, une fois éliminé la question de l'immensité de la dette de réparation, c'est, tel un château de cartes, que ce régime de responsabilité s'écroule ; la plupart des principes le caractérisant ne se justifient plus entièrement sur le plan pratique. Seule une constante de ce régime demeure, qui est d'ailleurs la seule à l'encontre de laquelle aucune critique n'a jamais véritablement été formulées sur le plan pratique : le principe de la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant.

510. Certes, nous avons tout de même trouvé des critiques à émettre à son endroit, notamment eu égard à son manque de fondement explicatif. Cependant, une fois éliminé la pertinence des principes ayant été acceptés eu égard à l'ampleur du risque nucléaire de fission, et du coût des dommages susceptibles de résulter de sa réalisation, cette exigence est la seule qui subsiste. À tout le moins, c'est que l'étude entreprise précédemment a montré. Pour cela, c'est ce que le prochain propos s'efforcera de démontrer. Partant du principe selon lequel la réparation des dommages résultant de la réalisation du risque nucléaire de fusion pourrait s'accommoder de la consécration d'une simple règle de responsabilité *même sans faute* visant les exploitants d'activités à risque dans les droits internes, il s'agira d'en entreprendre l'étude. Plus exactement, il s'agira d'en entreprendre la recherche et d'en justifier la nécessité au sein d'un droit où elle n'existe pas : le droit français. Cette recherche sera alors l'occasion de confirmer ou d'infirmer que les principes du régime de responsabilité civile nucléaire, « modèle d'intégration de la problématique de l'indemnisation des dommages de masse par la

responsabilité civile »²⁰⁷⁴, ne sont justifié qu'à l'égard du risque qu'il vise. La réponse à cette question pourra surprendre...

²⁰⁷⁴ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 350.

SECONDE PARTIE : LE DÉPASSEMENT
L'APPLICATION AUX ACTIVITÉS DE FUSION D'UNE RÈGLE DE
RESPONSABILITÉ CIVILE DU FAIT DES ACTIVITÉS À RISQUE

« La médiatisation de la vie collective nous donne le spectacle affligeant de mérites hautement revendiqués, alors que les échecs, erreurs et malheurs sont rejetés sur la société, le hasard, la fatalité, Dieu ou le diable [...] Cette responsabilité incertaine conduit à une curieuse éthique de l'irresponsabilité. Les clameurs sur la responsabilité juridique, et notamment sur la responsabilité civile sonnent comme un écho de ces palinodies. Personne n'est responsable de la tragédie du sang contaminé sauf la fatalité et ce déplorable virus venu on ne sait d'où [...] personne n'est responsable des risques technologiques, sinon l'avancée de la technologie elle-même, mais pas les technocrates [...] personne n'est responsable des avions qui explosent, des trains qui déraillent ou des ferries qui coulent, sinon les éléments mauvais... Personne n'est responsable ? En fait, aujourd'hui, cette peu glorieuse esquivance n'est plus tolérée, car sauf pour de rares catastrophes naturelles, tremblements de terre, cyclones, raz de marée, éruptions volcaniques, une action humaine est bel et bien à la base de tous les malheurs du monde : des génocides et des guerres certes, mais aussi de tous ces accidents dont les conséquences dommageables sont l'objet même de la responsabilité civile »²⁰⁷⁵.

« Je commencerai par une mise en garde. Ce n'est pas parce que nous identifions aujourd'hui les grands secteurs du risque technologique qu'il faut s'imaginer que la liste soit close. Les documents qui ont alimenté votre réflexion, les articles de presse qui l'ont annoncée, décrivent toujours trois types de risques : le secteur nucléaire, le secteur chimique et le secteur pétrolier. C'est oublier que si ces risques sont déjà "bien répandus" nous ne devons-nous faire aucune illusion : il y a des risques "en gestation". Si je n'avais pas peur d'être cynique, je dirais "en réserve" »²⁰⁷⁶.

511. L'intérêt du traitement de la responsabilité du fait des activités à risque. Le progrès technologique a bousculé et influencé le droit de la responsabilité dans ses sources, ses fondements, ses fonctions, ses frontières et *in fine* dans sa définition. Bien avant que n'émerge le problème relatif à la réparation de dommages susceptibles de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire de fusion, l'essor croissant de l'industrialisation est apparu comme un problème international. Centre névralgique et incontournable des activités humaines, les activités à risque ne sont plus devenues l'apanage des sociétés nationales. Mais alors que « le droit de classe [voulait] devenir un droit international, plus exactement un droit mondial »²⁰⁷⁷, il en a résulté une appréhension sectorielle du risque qui, sous le vœux d'une harmonisation et d'une unification, a été la cause d'une fragmentation du traitement du risque technologique et de la perte « d'un droit fait pour la totalité de l'homme »²⁰⁷⁸. L'étude précédemment conduite de l'applicabilité du régime de responsabilité civile nucléaire en a apporté un témoignage. En raison de la rigueur de son champ d'application et de ses règles destinées à organiser la réception du risque nucléaire de fission, ce régime ne laisse *de lege lata* pas la place au risque nucléaire de fusion. En raison de la rigueur du droit international public, pris en lui-même, il n'est même pas certain qu'elle puisse un jour l'y trouver. Par conséquent, l'organisation des dommages qui seront susceptibles de résulter de l'exploitation de cette source nouvelle d'énergie sera reléguée à la compétence des droits internes. De prime abord, et compte tenu du contexte d'élaboration spécifique du régime de responsabilité civile nucléaire, lequel a « dessiné la couleur de

²⁰⁷⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'Éthique de la responsabilité », *RDT civ*, 1998, p. 1.

²⁰⁷⁶ M. WATHELET, « Les préoccupations de l'homme politique » in *La réparation des dommages catastrophiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 7.

²⁰⁷⁷ L. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D.*, 1947, chron., p. 3.

²⁰⁷⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthode d'indemnisation », in *Responsabilité et Assurance, Mélanges R.-O Dalcq*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 352.

ses règles et son système de responsabilité »²⁰⁷⁹, cela pourrait ne pas présenter de difficulté. À tout le moins, si tant est que les droits internes soient dotés d'une règle de responsabilité sur laquelle les victimes de ce nouveau risque pourront fonder leur droit à réparation. Or, force est d'admettre que le mouvement d'unification qui s'est opéré dans le droit international n'a pas épargné ces derniers. Structurellement, le bénéfice de la dynamique concentrique du droit international s'est transformé en un déficit d'unité et de cohérence dans les droits internes, et notamment dans le droit français. Subissant déjà les vicissitudes de sa propre évolution, le constat a ainsi été formulé, dès l'*Introduction* de notre propos, selon lequel le droit de la responsabilité y confine au « byzantinisme »²⁰⁸⁰. L'hypothèse d'une exploitation future de la fusion nucléaire n'a alors pas permis de l'infirmier. Au-delà des considérations déjà établies, cette hypothèse a ainsi autorisé à déplorer l'existence d'un lacis de textes qui fera tomber les futures victimes de ce risque dans l'angle mort des régimes établis, et les condamnera à user d'un droit commun inapte à saisir la particularité de leur situation²⁰⁸¹. Pourtant, le réquisitoire n'étant pas dénué de fondement, il a inspiré un souffle de réforme. Bien avant que ne se pose le problème de l'exploitation de la fusion nucléaire, le projet a ainsi été porté d'établir, dans le droit français comme dans le droit international, des règles de responsabilité ayant vocation à régir uniformément la réparation des dommages résultant de la poursuite « d'activités à risque »²⁰⁸². Mais toutes ces propositions, rencontrant trop d'obstacles, n'ont jamais abouti.

512. Le problème du traitement de la responsabilité du fait des activités à risque. Dans le droit international, ces propositions ont de nouveau souffert les limites de ses modes d'élaboration. Parce que les États ont considéré son champ d'application « trop large »²⁰⁸³, la Convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement n'est jamais entrée en vigueur²⁰⁸⁴. De même, la Commission du droit international, « consciente que des événements peuvent survenir à l'occasion d'activités dangereuses »²⁰⁸⁵, a adopté en 2001 un projet de principes aux termes duquel elle invite les États à prendre les mesures nécessaires dans leurs ordres internes pour veiller à ce qu'une indemnisation prompte et adéquate soit accordée aux victimes de tels dommages²⁰⁸⁶. En 2019, l'Assemblée générale des Nations Unies « *recommand[ait]* » toutefois « *une fois de plus* les principes sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontière découlant d'activités dangereuses »²⁰⁸⁷. Le constat n'est guère plus reluisant en droit français. Terrain privilégié de l'étiollement de la responsabilité, la cyndinique aurait pu devenir le terrain de sa nouvelle unité, un

²⁰⁷⁹ Z. EL SHAARAOU, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire : étude comparative*, thèse, Paris 1, 1981, p. 396.

²⁰⁸⁰ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 12^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2020, p. 89.

²⁰⁸¹ Voy. *supra* Introduction.

²⁰⁸² Sur la définition de la notion d'activité à risque, voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²⁰⁸³ Commission européenne, *Livre blanc sur la responsabilité environnementale*, COM (2000) 66 du 9 février 2000, JO, C-151 E, 25 juin 2002, p. 27.

²⁰⁸⁴ *Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*, signée à Lugano, le 21 juin 1993, (non entrée en vigueur), STE, n°150.

²⁰⁸⁵ CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontière découlant d'activités dangereuses », *ACDI*, 2006, vol. II(2), préambule.

²⁰⁸⁶ *Ibid.*, principe 4.

²⁰⁸⁷ AGNU, « Examen des questions de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et de la répartition des pertes consécutives à de tels dommages », A/RES/74/189.

moyen de rabouter le « manteau d'Arlequin »²⁰⁸⁸ et de renouer avec l'esprit systémique du Code civil et « de ses clauses aussi simples que les préceptes évangéliques »²⁰⁸⁹. L'idée n'aurait d'ailleurs été ni nouvelle ni illégitime. « Vieille comme les codes européens »²⁰⁹⁰, elle est déjà le fait de certains droits étrangers, à l'instar du droit italien²⁰⁹¹, du droit néerlandais²⁰⁹² ou encore du droit états-uniens²⁰⁹³. Il n'est donc guère surprenant que la doctrine européenne²⁰⁹⁴, mais également française lui aient ainsi consacré une partie de leurs travaux²⁰⁹⁵. Il n'est pas plus surprenant qu'une telle règle de responsabilité ait été l'objet des travaux portant proposition de réforme du droit de la responsabilité civile. Tel a été le cas du projet instigué par Pierre CATALA proposant l'introduction d'une règle de responsabilité du fait des activités anormalement dangereuses²⁰⁹⁶. Tel a également été le cas du projet dirigé par François TERRÉ proposant une responsabilité du fait des installations classées²⁰⁹⁷. Toutefois, ces projets n'ont pas abouti, tout comme l'ensemble des œuvres doctrinales n'a pas reçu l'accueil escompté. À ce jour, le projet de réforme en cours ne fait aucune mention d'une telle responsabilité²⁰⁹⁸. Cela ne signifie cependant pas qu'il faille remettre en cause la pertinence de ces travaux. Simplement, si ces idées ont fait partie intégrante d'un discours plus général visant la promotion d'un droit uniforme des accidents technologiques, elles ne lui ont jamais été exclusives. Nous l'avions évoqué dans l'*Introduction* de cette thèse, la doctrine française n'a jamais été entièrement acquise à la pertinence du traitement de cette question – non seulement par une disposition générale de responsabilité – mais davantage par le recours à ce droit même. Fort du constat selon lequel la responsabilité *même sans faute* s'attacherait à promouvoir des objectifs qui s'inscrivent aujourd'hui dans une logique indemnitaire, d'aucuns en appellent à la consécration d'un « concept de réparation pure »²⁰⁹⁹ marquant la scission radicale entre les mécanismes d'indemnisation et la responsabilité²¹⁰⁰.

²⁰⁸⁸ En référence à Y. LAMBERT-FAIVRE, « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthode d'indemnisation », in *Responsabilité et Assurance, Mélanges R.-O Dalcq*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 352 : « ainsi va l'émotion collective, et au coup par coup, les conventions internationales et les lois nationales tissent un habit d'arlequin de la responsabilité civile ».

²⁰⁸⁹ R. RODIÈRE, « Étude sur la dualité des régimes de responsabilité – La combinaison des responsabilités », *JCP*, 1950, 1, 868, n°17.

²⁰⁹⁰ J-S. BORGHETTI, « La place des responsabilités objectives – Synthèse comparative » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IJRS, 2012, p. 284.

²⁰⁹¹ Voy. *Codice civile italiano*, art. 2050 posant le principe de responsabilité du fait des activités dangereuses.

²⁰⁹² Voy. *Burgerlijk Wetboek*, art. 6 :175 qui prévoit une responsabilité du fait de l'utilisation ou de la détention de substances dangereuses.

²⁰⁹³ Partant de la Règle *Rylands v. Fletcher*, ce droit de Common-law a dégagé un principe de responsabilité du fait des « ultrahazardous activities » au sein de son *First Restatement of the Law, Torts*, 1938, § 520, devenu un principe de responsabilité du fait des « abnormally dangerous activities » à partir du *Second Restatement of the Law, Torts*, 1969, §§ 519-520 et que l'on retrouve également dans le *Third Restatement of the Law, Torts*, § 20.

²⁰⁹⁴ Voy. ainsi *Les Principes européens du droit de la responsabilité civile*, fruits du travail de l'European Group of Tort Law : voy. PETL, art. 5 :101 et KOCH, B.A., « Art. 5:101. Activités anormalement dangereuses » in O. MORETEAU (dir), *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Paris, Société des législations comparées, 2011, pp. 151-158.

²⁰⁹⁵ Voy. entre autres G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 924 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, 646 p. ; B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2020, pp. 335 et ss et présentant une opinion plus nuancée M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse, Université de Toulouse, 2003, pp. 582 et ss et J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, Paris, Mare & Martin, 2013., pp. 712 et ss.

²⁰⁹⁶ Voy. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 2005, Paris, La Documentation française, 2006, art. 1362.

²⁰⁹⁷ Voy. F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, art. 23.

²⁰⁹⁸ Voy. Sénat, « Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », n°678, 29 juillet 2020.

²⁰⁹⁹ M-E ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, p. 80.

²¹⁰⁰ Voy. not. P. PIERRE, *Vers un droit des accidents : contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, thèse, Université de Rennes, 1992, 460 p. ; L. MOURGEON, « Pour la suppression de la responsabilité civile en cas d'accident et son remplacement par l'assurance dommage », *JCP G*, 1981, I, 3050 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 100 défendant de longue date l'idée d'un dommage à l'indemnisation des dommages corporels bien que faisant plutôt référence à un système de sécurité sociale automatique ; C.

Si cette idée avait d'ailleurs été traduite aux prémices de l'exploitation de l'énergie nucléaire par le doyen RODIÈRE²¹⁰¹, il est vrai que l'étude précédemment conduite a forcé à constater la tolérance de la responsabilité pour accueillir en son sein les altérations traduites dans les dispositions exorbitantes des régimes spéciaux destinés à réceptionner le risque induit par la poursuite de certaines activités. Pour cela, on serait tenté de leur céder notre opinion et d'envisager l'inopportunité de faire porter cet effort de rénovation sur le droit de la responsabilité civile et de mettre ainsi à bas son édifice. Il s'agira, pour autant, de ne pas renoncer au projet d'en proposer la consécration en droit français ; toute approche holistique du risque dans le droit international étant, par avance, une cause d'échec certaine comme en témoigne l'avenir encore incertain du projet de principes sus évoqué²¹⁰².

513. Les enjeux du traitement de la responsabilité du fait des activités à risque. Ainsi, loin d'être convaincu que l'aléa « chasse » la responsabilité, nous pensons qu'il est erroné de voir dans la réalisation du risque technologique, à l'instar du risque nucléaire de fusion, le fruit d'une fatalité non imputable. Dès lors, nous pensons qu'une règle de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque peut véritablement faire œuvre dans ce domaine au prix de quelques explications, adaptations et rénovations. Nous sommes néanmoins conscients que le chemin de la démonstration sera semé d'embûches. Si la première partie de cette thèse a pu confirmer que le « particularisme technologique » ne peut totalement être ignoré lorsque s'envisage l'extension des règles de responsabilité, la deuxième partie de cette thèse devra assurément se confronter à la question de savoir si « l'atomisation » en constitue véritablement une « conséquence naturelle »²¹⁰³. Mais, pour le savoir, il faut encore en emprunter le chemin. Dès lors, il est important de faire table rase, et de revenir au point mort de l'établissement d'une telle règle de responsabilité, et ce afin d'y inclure l'objet de notre étude que constitue le risque nucléaire de fusion et les enseignements tirés de sa première partie. Dit autrement, il convient de poser tous les jalons de cette règle de responsabilité destinées à réceptionner les dommages susceptibles de résulter de la réalisation des risques²¹⁰⁴ inhérent à la poursuite de certaines activités.

Or, inévitablement, poser les jalons d'une telle règle conduit à en rechercher le fondement afin d'apporter une réponse convaincante à la question de savoir « pourquoi l'auteur d'un dommage sera parfois tenu de le réparer, mais parfois seulement »²¹⁰⁵, et ce sans « diluer complètement la responsabilité civile » et confondre « le concept technique de responsabilité avec une éventuelle acceptation philosophique, sur laquelle du reste l'unanimité est loin d'exister »²¹⁰⁶. Or, la réponse à

RADÉ, « Responsabilité et solidarité : proposition pour une nouvelle architecture », *RCA*, 2009, n°3, dossier 5, §§ 23-24 ; C. RADÉ, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, p. 2252 ; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Propositions de suppression de la responsabilité au profit d'une socialisation des risques par d'autres moyens », *Gaz Pal.*, n° 218, pp. 25-2 ou encore, plus indirectement, C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, Paris, LGDJ, 2008, 414 p.

²¹⁰¹ Voy. R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *RIDC*, vol. 11, 1959, p. 517 : « pourquoi parler encore de responsabilité et pourquoi cette béquille de l'assurance ? Certains pays moins attachés que le nôtre (du moins verbalement) à l'idée de responsabilité individuelle pour ne faute ne se bornent pas à lui substituer un système de responsabilité sans faute ; ils suppriment la responsabilité, non certes dans tous les cas, mais dans ceux où la réparation est nécessaire alors que la faute n'est pas établie ou alors même qu'il n'y a qu'une faute légère ».

²¹⁰² Et sur lequel il nous sera d'ailleurs donné de revenir *infra* Titre I, Chapitre 1, Section 2.

²¹⁰³ P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, Paris, LGDJ, 1974, p. 252.

²¹⁰⁴ Sur le terme réalisation du risque par préférence à « accident » voy. *supra* note 1107.

²¹⁰⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, 14^{ème} éd., Paris, Sirey, 2011, p. 75

²¹⁰⁶ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, p. 95.

cette question, si elle « commande le domaine de l'institution »²¹⁰⁷, n'en présente pas moins une complexité certaine. Elle exploitant toute la polysémie du terme fondement, elle peut autoriser à confondre le fondement de la responsabilité, c'est-à-dire la seule règle focalisée sur le fait générateur et l'imputation à un responsable, ou le fondement de la règle de responsabilité, c'est-à-dire l'ensemble des considérations qui justifient l'existence de la règle de responsabilité, influe sur sa constitution et son contenu, et en constitue des éléments d'explications pédagogiques²¹⁰⁸. D'un champ illimité, ces justifications n'en demeurent pas moins au cœur de notre propos. En effet, si l'établissement d'une règle de responsabilité constitue encore le résultat auquel nous souhaitons parvenir, la prise en considération des justifications entourant l'existence de la règle de responsabilité en constitue un préalable nécessaire. En raison des enjeux que susciterait une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable à la fusion, son contenu, sa portée ou encore son ordonnancement au sein de l'ordre juridique pourrait en effet être conduit à évoluer. Pour cela, par-delà le simple constat de l'incomplétude du droit de la responsabilité vis-à-vis du risque nucléaire de fusion, lequel n'en est pas moins un élément important, l'étude de ces enjeux demeure d'une importance fondamentale. Ils sont les seuls qui permettront d'en dégager les points les points saillants de la proposition et d'en identifier les apports et les limites (*Titre 1*). En effet, ce n'est qu'une fois cette démarche entreprise qu'il sera possible de proposer une double formulation de la règle de responsabilité susceptible de poursuivre les objectifs ainsi identifiés. D'abord une formulation *stricto sensu* qui permettra de répondre à la question de savoir pourquoi l'auteur d'un dommage – *ici le dommage résultant de la réalisation d'un risque inhérent à la poursuite d'une activité, tel que le risque nucléaire de fusion* – sera tenu de le réparer. Ensuite une formulation *lato sensu* qui permettra de prendre en considération les éléments qui gravitent autour de cette règle de responsabilité n'en restent pas moins des conditions de la réalité de sa mise en œuvre (*Titre 2*).

Titre I : Les enjeux d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque

Titre II : La formulation de la règle de responsabilité du fait des activités à risque

²¹⁰⁷ J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, 14^{ème} éd., Paris, Sirey, 2011, p. 75.

²¹⁰⁸ Voy. sur ce point la classification opérée par B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 33 et ss, sp. p. 81.

Titre I

Les enjeux d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque

« S'ils veulent répondre aux attentes de justice des citoyens, les juristes doivent s'efforcer d'imaginer les règles et les institutions susceptibles de faire face aux besoins nouveaux que fait apparaître l'évolution de la société »²¹⁰⁹.

514. Une règle de responsabilité dévoilant des enjeux spécifiques. Aux fins de l'établissement d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion, l'identification de ses enjeux demeure d'une importance fondamentale. En effet, parce que l'introduction d'une règle de responsabilité du fait des activités applicable aux activités de fusion ne semble pas relever de l'évidence en droit français, la détermination de sa finalité, mais surtout de son utilité, en constitue un point nodal. Elle peut toutefois se révéler délicate. Assurément, nous ne doutons pas des apports que représenterait l'introduction d'une règle de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque en droit français. Néanmoins, si le domaine du risque technologique souffre justement cette idée selon laquelle le droit de la responsabilité civile n'y trouverait pas sa place, c'est qu'il convoque au fond des difficultés qui interrogent sur la capacité de l'institution à le régir. Sur ce point, le régime de responsabilité civile nucléaire en constitue un témoignage certain. Le caractère inédit et l'interdépendance des règles qu'il contient sont le résultat d'un jeu d'équilibre suscité tant par la poursuite d'intérêts contradictoires que par une appréhension réaliste des limites de la responsabilité civile à réceptionner les dommages causés par ce risque technologique majeur. Ainsi, et quoique le risque nucléaire de fusion ne présente *a priori* pas la même potentialité dommageable, il n'en reste pas moins un risque technologique qui, une fois sorti du cadre rigoureux du régime de responsabilité civile nucléaire, peut présenter des particularités susceptibles de mettre le droit de la responsabilité à l'épreuve. Or dans la recherche d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque, cela peut constituer une double cause de contraintes. En effet, alors que la règle de responsabilité d'application générale devra déjà pourvoir des solutions permettant d'adapter l'institution de la responsabilité au risque technologique, elle devra également composer avec cette possibilité que sa généralité la conduise à organiser la réparation de risque de nature différentes et inhérent à des activités diverses.

515. Plan. Pour cela, si le propos doit avoir pour vocation de démontrer les apports que matérialise une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion (*Chapitre 1*), il ne saura pour autant en ignorer les contraintes (*Chapitre 2*).

²¹⁰⁹ G. VINEY, « L'avenir des régimes d'indemnisation sans égard à la responsabilité », *Les Cahiers de droit*, vol. 39, 1998, p. 288.

CHAPITRE 1

LES APPORTS DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ

516. Prodrôme : le critère de la responsabilité. Parce que « toutes les philosophies juridiques [...] admettent que l'élaboration du droit suppose toujours que certains résultats doivent être recherchés »²¹¹⁰, une règle de responsabilité ne se réduit pas à une norme technique. Elle poursuit inévitablement un but et possède une signification au-delà de sa lettre, laquelle participe à justifier son existence dans l'ordre juridique au sein duquel elle est instituée. Dès lors, questionner les apports d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque revient dans une certaine mesure à questionner les fonctions qu'elle est conduite à poursuivre. Partant, elle revient à interroger les fonctions attachées au mécanisme même de la responsabilité civile comme « représentant le rôle de la responsabilité dans la sphère sociale »²¹¹¹ et comme « le résultat à venir qu'attendait de l'établissement de ces règles la société qui les a édictées »²¹¹². Ainsi la responsabilité civile poursuit assurément des fonctions que la règle de responsabilité appelée de nos vœux pourrait mettre en valeur, voire réactiver, lorsque le constat est partagé selon lequel l'évolution concomitante des mécanismes d'indemnisation aurait participé à les « brouiller »²¹¹³. Pour cela, elle impose néanmoins que l'on s'entende d'ores et déjà sur le critère de la responsabilité.

Sans préjudice de la définition générale posée dans l'*Introduction* de cette thèse, on ne peut en effet nier qu'au fil du temps, les régimes se sont multipliés rendant ardu leur rattachement à l'institution et que lorsque l'évolution industrielle et technologique s'est caractérisée par des situations dommageables nouvelles, une autre conception de l'éthique ou de la morale s'est imposée tout en trouvant dans la responsabilité civile une modalité d'expression. L'histoire a ainsi déjà été contée qu'il fallait, pour exalter la fonction réparatrice de la responsabilité, se détacher de la faute et déplacer la charge de la réparation sur un individu « moralement innocent »²¹¹⁴ ; cela au risque que l'être ontologiquement responsable ne soit pas désigné²¹¹⁵. Suivant cette idée, un auteur a ainsi proposé de retenir, comme critère de la responsabilité, l'existence d'un responsable désigné et d'un « lien de rattachement » du dommage à ce responsable, dans ce sens que, d'une façon ou d'une autre, ce dernier a été à « la source (même non causale) du fait dommageable par « son comportement, sa situation ou ses pouvoirs »²¹¹⁶. Sans foncièrement contredire ce critère, il nous faut néanmoins en affiner la compréhension. En effet, le fait que la dette de réparation soit attribuée à une personne qui n'est pas totalement « étrangère » à l'activité dommageable ne suffit pas toujours à caractériser la réalité de la

²¹¹⁰ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 28.

²¹¹¹ C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Paris, Dalloz, 2011, p. 440.

²¹¹² L. BACH, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.*, 1976, p. 22

²¹¹³ L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation » in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 506.

²¹¹⁴ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 138

²¹¹⁵ Voy. C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, op. cit., pp. 314 et ss et *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1.

²¹¹⁶ Voy. P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité civile » in *Liber amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 553-562, sp. 560.

responsabilité. En raison d'un lien d'imputation fondée originellement sur des seules considérations assurantielles, sans prise en considération du comportement de l'exploitant, on a ainsi pu douter du rattachement de la responsabilité civile nucléaire à l'institution²¹¹⁷. Cependant, la moralisation des comportements a rendu ce déplacement opportun lorsqu'il a désigné, non pas celui qui était le plus apte à supporter financièrement la charge de réparation, mais celui qui était désigné comme étant le plus apte à maîtriser le risque en amont²¹¹⁸. L'évolution du rôle de l'exploitant au sein du régime de responsabilité civile nucléaire témoigne d'ailleurs d'une telle évolution²¹¹⁹. Plus généralement, la gestion du risque inhérent à la poursuite de certaines activités implique un processus de décision qui autorise à identifier celui qui a le pouvoir, sinon d'empêcher sa réalisation, à tout le moins d'en minimiser l'occurrence. Sans préjuger ni des conditions ni des explications afférentes à l'établissement de ce lien d'imputation dans le cadre de notre proposition, il nous faut donc d'ores et déjà admettre que le l'être-responsable y apparaîtra comme « l'exploitant » désigné ainsi à raison d'un pouvoir qu'il exerce sur la poursuite de l'activité²¹²⁰.

517. Le double apport de la règle de responsabilité du fait des activités à risque. Étant admis cette prémisse, il devient possible de considérer l'utilité de la règle de responsabilité du fait des activités à risque. Parce qu'elle constitue une règle de responsabilité, son premier apport se révèle dans la mobilisation des fonctions de la responsabilité civile qu'elle permet de convoquer et dont la réalisation est, dans le domaine du risque technologique tel que le risque nucléaire de fusion, particulièrement bienvenue. Quant à son second apport, s'il se manifeste en dehors du domaine de l'institution, il n'en reste pas moins sans lien. En effet, une fois qu'il aura été démontré que la règle de responsabilité permettra à la responsabilité civile d'assurer les fonctions qui sont les siennes dans ce domaine, il s'agira d'envisager l'influence bénéfique de cette restauration sur le renforcement des fonctions qui sont celles des autres droits, et notamment du droit administratif et du droit international. Le domaine du risque étant l'affaire de tous, ces deux droits ne sauraient, en effet, rester en dehors du champ de la réflexion juridique.

518. Plan. En toute logique, ce double apport commandera donc la structure du présent propos. Ainsi, après avoir démontré la mobilisation opportune des fonctions de la responsabilité civile que suppose une règle de responsabilité civile du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion (*Section 1*), il s'agira de montrer que sa concrétisation pourrait également participer tant à renforcer la responsabilité administrative ainsi qu'à contribuer au développement du droit international public (*Section 2*).

²¹¹⁷ Voy. J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, op. cit., p. 318 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, Paris, LDGJ, 2013, pp. 238-239 ; F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : bilan prospectif*, RCA, Hors-série, 2001, p. 51 ou encore J.-L., AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, Paris, Sirey, 2011, p. 101.

²¹¹⁸ Voy. P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 74 ; P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2020, p. 30 ; L. BLOCH, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, thèse, Bordeaux, 2003, p. 275 ou encore F. COLONNA D'ISTRIA, *Temps et concept en droit des obligations : essai d'analyse méthodologique*, thèse, Aix-Marseille, 2009, n° 49 relevant que le responsable, dans tous les régimes de responsabilité, est bien souvent celui qui peut « idéalement » éviter le dommage.

²¹¹⁹ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²¹²⁰ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2.

SECTION 1. UNE MOBILISATION OPPORTUNE DES FONCTIONS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

519. La double fonction poursuivie par la règle de responsabilité. L'on s'accorde en général à reconnaître un triptyque de fonctions à la responsabilité civile : une fonction *réparatrice*, une fonction *préventive* ou *dissuasive*, et une fonction *sanctionnatrice*. Il faut cependant se garder de voir dans cet exposé une linéarité allant au-delà d'une commodité sommaire de présentation. Ces fonctions sont, en effet, selon les auteurs, tant à même de se confondre qu'à même d'être contestées ou dépassées. Si l'on peine à les appréhender clairement, c'est qu'il est au fond illusoire de penser qu'une seule technique juridique peut suffire à les réaliser de manière satisfaisante²¹²¹. Ainsi, leur exposé exhaustif n'aura ici que peu d'intérêt dès lors qu'il nous faudra inévitablement choisir entre ces diverses fonctions, celles que l'on souhaiterait valoriser par le biais d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion nucléaire. À cet égard, notre choix apparaît donc relativement évident. Parce que le propos vise la promotion d'une règle de responsabilité *même sans faute*, il s'agit d'évincer du premier plan de la réflexion la recherche d'une fonction punitive *stricto sensu* de la responsabilité pour privilégier sa dimension préventive et réparatrice. En raison du caractère intrinsèquement irréversible des dommages susceptibles de résulter de la réalisation du risque nucléaire de fusion, une focalisation sur la fonction préventive ne doit pas surprendre. Quant à la fonction réparatrice, si son étude paraît inévitable, l'évocation de sa restauration peut étonner. Elle procède, en réalité, de l'idée selon laquelle la réparation ne peut se confondre totalement avec la notion d'indemnisation dans son acception contemporaine. Certes, l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire a témoigné du fait que l'indemnisation partage une finalité commune avec la responsabilité : celle d'octroyer une compensation aux victimes de dommages. Là s'arrête cependant toute similitude. La réparation par la mise en œuvre d'une règle de responsabilité permet la réalisation d'objectifs lui étant accessoires qui conduisent à des résultats bien plus satisfaisants lorsque doivent s'envisager les conséquences de la réalisation du risque que présente la poursuite de certaines activités telles que l'exploitation d'une installation de fusion nucléaire.

520. Plan. Ce double objectif commandera la structure de la présente Section. Il s'agira, dans une démarche de *prophylaxie*²¹²², d'envisager la mesure dans laquelle une règle de responsabilité *même sans faute* pourrait participer à renforcer la prévention des événements dommageables susceptibles de résulter de la conduite d'activités à risque (§ 1), ainsi que celle dans laquelle elle pourrait garantir un véritable droit à réparation des dommages subis par les victimes (§ 2).

²¹²¹ Voy. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Paris, Sirey, 2018, p. 981 : « s'il était possible par la même technique de prévenir, de punir et de réparer, on serait moins embarrassé dans la recherche du ou des fondements de la responsabilité civile ».

²¹²² L'effet prophylactique est parfois envisagé comme se confondant avec la fonction dissuasive de la responsabilité civile, telle qu'elle sera décrite ci-dessous. En réalité, la prophylaxie va un peu plus loin. Elle ne se « produit pas indépendamment de la volonté de la loi, comme une conséquence indirecte, imprévue et presque fatale de l'activité humaine ». Elle relève, au contraire, « d'une politique législative, généralement consciente et même délibérée ». La prophylaxie constitue donc un *procédé intentionnel* utilisé pour participer à la prévention et à la dissuasion en conférant à une règle cette finalité, sans pour autant correspondre à l'hypothèse dans laquelle le droit impose immédiatement la prévention : voy. P. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil » in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 669 et ss.

§ 1. La fonction prophylactique d'une règle de responsabilité *même sans faute*

521. La différenciation des fonctions préventives. La responsabilité civile, par essence tournée vers le passé, est souvent perçue comme le seul droit de la réparation des dommages survenus. Initialement, elle est pourtant le droit des dommages à venir et « la fonction première de la responsabilité civile, en droit positif, sur laquelle l'attention n'est généralement pas suffisamment attirée, est de prévenir les dommages plus que de les réparer ou de les compenser »²¹²³. Résultant du constat selon lequel certains dommages sont techniquement irréparables et que la réparation entretiendra toujours une part de symbolique — *le sang versé ne retourne pas dans la plaie* —, la valorisation de la fonction préventive de la responsabilité est aujourd'hui telle que certains l'évoquent sous le néologisme de « responsabilisation »²¹²⁴. Si la règle de responsabilité ici recherchée doit nécessairement entretenir cet objectif, il n'empêche que le phénomène doit être relativisé. S'intéresser à la fonction préventive de la responsabilité invite, en effet, à opérer une distinction au sein même de la fonction, dont il est admis qu'elle peut revêtir deux aspects. Le premier, rattaché à l'effet *dissuasif* ou *prophylactique* du droit est suggestif, médiat et psychologique. Il permet par un effet « pédagogique estompé »²¹²⁵ d'éviter la commission ou la survenance d'actes dommageables. Il porte l'idée selon laquelle la perspective d'une action en responsabilité, aboutissant à réparer en nature ou en argent, intimiderait les individus par l'effet qu'elle engendre : *parce que je suis susceptible d'être responsable si je cause des dommages, je vais tenter de les éviter*. Le second, plus proche de l'idée de prévention au sens strict, est dit « volontariste » ou « immédiat »²¹²⁶. Il vise à empêcher concrètement un dommage de survenir que ce soit par une utilisation du principe de précaution, une action préventive ou une utilisation de la cessation de l'illicite. En plein déploiement dans le droit positif, sous l'influence certaine d'une doctrine civiliste abondante²¹²⁷, mais non sans critique²¹²⁸, cette fonction renouvelée serait aujourd'hui justifiée par le caractère incommensurable des dommages susceptibles de résulter

²¹²³ P. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin) », *RTD Civ.*, 1988, p. 508. On pourra ainsi souligner la mise en exergue de cette fonction dès les travaux préparatoires du Code quand TREILHARD avait considéré que la responsabilité « préviendra plus de désordre qu'elle n'en aura à réparer [...] Puisse cette charge de responsabilité rendre les chefs de famille plus prudents et plus attentifs ! Puisse-t-elle faire sentir aux instituteurs toute l'importance de leur mission ! et puissent les pères surtout se pénétrer fortement de l'étendue et de la sainteté de leur devoir ! » : voy. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, vol. 1827-1828, T. XIII, éd. BNF, 2017, pp. 468, 474, 489 ; G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *APD*, 1977, vol. 22, p. 5. D'aucuns considèrent même qu'étymologiquement le mot « responsabilité » (*spondeo* : je promets) serait fondé sur cette idée : voy. M. VILLEY, « La responsabilité », *APD*, vol. 22, 1977, pp. 45-58 ; C. THIBIERGE, « Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD Civ.*, 1999, pp. 561-584 ; « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, pp. 577-582 ; G. PIGNARRE, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle Bilan prospectif*, RCA, 2001, pp. 10-16 ; P. RICÉUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'une sémantique », *Revue Esprit*, novembre 1994, pp. 28-48. On retrouve également une association du terme avec le mot « résister » comme « empêcher la survenance » : J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité », *APD*, n° 22, 1977, p. 59.

²¹²⁴ L'emploi du terme n'est cependant pas sans susciter la critique : voy. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, pp. 16, 46 relevant que la responsabilité ayant de tout temps permis de prévenir la réalisation de dommages, le terme serait « superflu », « laid » et « affreux ».

²¹²⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t.4, Paris, PUF, 2000, n° 198.

²¹²⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrat*, 4^e éd., Paris, PUF, 2019, p. 54.

²¹²⁷ Voy. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2005, 695 p. ; C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Paris, Dalloz, 2011, 514 p. ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008, 674 p. ; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Paris, LGDJ, 2009, 658 p. ; C. THIBIERGE, « Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *op. cit.* ; « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *op. cit.*

²¹²⁸ Voy. J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, Paris, Mare & Martin, 2013, p. 791 soulignant un risque d'hypertrophie et d'incohérence du droit de la responsabilité civile ou encore H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 64-65 soulignant les limites pour l'exercice des libertés de cette fonction de la responsabilité qui n'agit plus *ex ante*, mais *ab ovo*.

de l'évolution de la science²¹²⁹. Pourtant, elle ne sera pas étudiée ici. La prévention volontariste présume une illicéité qui cadre mal avec une règle de responsabilité *même sans faute* destinée à réceptionner la réparation des dommages causés par les activités de fusion nucléaire, et par-dessus elles par toute activité à risque. Pour cela, seul le premier aspect de la fonction préventive de la responsabilité occupera nos prochains développements²¹³⁰.

522. La négation de la fonction dissuasive. Porteurs d'une dimension morale, les mécanismes classiques de la responsabilité civile avaient été conçus par les rédacteurs du Code autour de la notion de faute parce qu'elle autorisait à scruter les actions. Que la responsabilité civile pour faute puisse être un instrument de dissuasion des comportements sociaux est ainsi admis par la plupart des auteurs²¹³¹. En revanche, cette fonction lui est généralement déniée lorsque ladite responsabilité est recherchée *même sans faute* et qu'elle s'inscrit dans le contexte du risque et de « l'accident »²¹³². Les raisons sont légion. D'abord, les personnes impliquées se « trouvent elles-mêmes exposées aux dangers qu'elles créent »²¹³³. Ensuite, la dette de responsabilité est bien souvent assurée et l'assurance annihile le schéma traditionnel d'une relation entre un responsable-débiteur et une victime créancière²¹³⁴. Enfin, « le dommage survient dans un contexte fortement marqué par des comportements spontanés [offrant][...] une marge de manœuvre réduite [à] l'auteur du dommage pour prendre une solution rationnelle dans une situation donnée »²¹³⁵. Partant, croire que le comportement à l'origine du dommage puisse être influencé par la crainte d'une réparation y serait illusoire. Pourtant, la réalisation du risque technologique et industriel relève bien souvent de comportements *a priori* sur lesquels il est possible d'agir²¹³⁶. Même les épisodes de Tchernobyl et de Fukushima ont permis de révéler l'influence du facteur humain dans la réalisation du risque nucléaire de fission²¹³⁷. Ainsi, il fût certainement un temps où le risque pouvait être assimilé à la force majeure²¹³⁸ et où les hommes « avaient l'excuse de la fatalité »²¹³⁹. Ce temps-là est révolu : « [l]a plupart du temps, les catastrophes auraient pu — auraient dû — être évitées. Souvent, les signes précurseurs ont été multiples et manifestes »²¹⁴⁰. Aujourd'hui, « l'accident » relève moins d'un évènement extérieur que d'un processus propre et interne aux sociétés industrialisées. Le caractère imprévu de « l'accident » ne le

²¹²⁹ Voy. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2019, pp. 170 et ss.

²¹³⁰ La question de la prévention des risques découlant de l'exploitation de certaines activités semble ainsi devoir constituer une étude à part entière dépassant l'objectif recherché ici, et ce bien que la question sera incidemment abordée dans le Titre II de la présente partie.

²¹³¹ Certains en relativisent néanmoins la portée : voy. not. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p. 101 ; Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance », *Droits*, 1987, n° 5, p. 41 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e ed, Paris, LexisNexis, 2018, p. 9 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, n° 198 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Source des obligations*, t. IV, Paris, Rousseau, 1931, pp. 24-25 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, Paris, Sirey, 2011, p. 86 et A. TUNC, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Economica, 1990, n° 166. D'autres la nient totalement, not. B. STARCK, *Essai d'une théorie de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, p. 323.

²¹³² Sur note position sur l'emploi du terme, voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, introduction, note °785.

²¹³³ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p. 101.

²¹³⁴ Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile : d'une dette de responsabilité à une créance de réparation », *RTD Civ.*, 1987, p. 11 ; A. TUNC, « Les problèmes contemporains de la responsabilité délictuelle - Introduction », *RIDC*, vol. 19, 1967, p. 757.

²¹³⁵ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, Paris, LGDJ, 2013, p. 369 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 101-102 et dans le même sens L. ENGEL, « Réguler les comportements » in *De quoi sommes-nous responsables ? Le Monde*, 1997, p. 84 relevant que le risque serait « une notion purement statistique, indépendante de l'agir ».

²¹³⁶ Voy. CE, *Responsabilité et socialisation du risque, Rapport public 2005*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 330.

²¹³⁷ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²¹³⁸ Voy. F. GÉNY, « Risques et responsabilité. A propos de deux thèses récentes », *RTD Civ.*, 1902, p. 817.

²¹³⁹ M. WATHELET, « Les préoccupations de l'homme politique. Allocution d'ouverture », *op. cit.*, p. 6.

²¹⁴⁰ *Ibid.*

rend pas imprévisible. Affirmer qu'il est statiquement inévitable ne signifie pas que l'on ne puisse en réduire la fréquence ou en *minimiser* le risque de survenance. Aujourd'hui, le risque nucléaire de fusion est peu connu, mais l'on suppose qu'il est dommageable. Les scientifiques étudient les scénarios possibles de réalisation de ce risque aux fins de poser les moyens de les éviter. Procéder autrement reviendrait à capituler devant le fait accompli et admettre la valeur de la société sans prétendre à sa perfection. Or tel n'est clairement pas l'objectif du présent propos.

523. Plan. C'est en jouant de cet apport que présente le droit de la responsabilité, qui permet l'imputation de la réalisation d'un risque à une personne qui était susceptible d'influer sur sa survenance qu'il s'agira de démontrer qu'une règle de responsabilité *même sans faute* pourrait théoriquement participer à une politique de prévention des dommages occasionnés par la réalisation du risque lié à la poursuite de certaines activités telles que les activités de fusion (A.); cela à la différence des mécanismes d'indemnisation pure — principaux concurrents de la règle de responsabilité dans le domaine des activités à risque (B.).

A. La dimension préventive forte de la responsabilité *même sans faute*

524. La vertu intrinsèquement préventive de la responsabilité *même sans faute*. La vertu préventive qui est l'essence même de la responsabilité a suivi l'expansion de celle-ci au-delà du domaine de la faute. Comme vu *supra*, le risque constitue la contrepartie d'un choix global de production et de distribution ayant « moralement » autorisé le report de la responsabilité *même sans faute* sur celui qui a le pouvoir, sinon d'empêcher sa réalisation, à tout le moins d'en minimiser l'occurrence. Là n'est cependant pas son seul effet. En effet, le report de la responsabilité juridique « plus haut que l'action et ses effets dommageables [mais] en direction des démarches requises de précaution et de prudence susceptibles de prévenir le dommage »²¹⁴¹ a également permis à la responsabilité *même sans faute* de constituer un outil de la prévention. De nouveau, le régime de responsabilité civile nucléaire en apporte un témoignage : sous l'influence des normes de sûreté, les justifications entourant la désignation de l'exploitant comme responsable ont évolué, si bien que le lien que ce dernier entretient avec l'accident nucléaire, fait générateur de sa responsabilité, a dépassé le simple fait qu'il ait été « l'initiateur » de l'activité ou qu'il en ait « tiré avantage »²¹⁴² : il est également devenu un acteur de la prévention²¹⁴³. Dans ce contexte, l'effet dissuasif de la menace de la « condamnation civile »²¹⁴⁴ n'en est ainsi pas moins grand que lorsque la responsabilité est fondée sur la faute, et ce même lorsqu'elle vise une entreprise et non un individu²¹⁴⁵. Il pourrait même être considéré comme plus puissant au regard du coût potentiel des dommages et intérêts qui succèdent l'évènement dommageable (*id.* en

²¹⁴¹ P. RICCEUR, « Le concept de responsabilité : Essai d'une analyse sémantique », *Esprit*, 1994, n° 206, p. 42.

²¹⁴² P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 560.

²¹⁴³ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, § 2, B.

²¹⁴⁴ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommmages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 282.

²¹⁴⁵ Cela en raison de l'internalisation du risque : voy. G. J. MARTIN, « Principe de précaution et responsabilités » in J. CLAM, G. J. MARTIN (dirs), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 415 et ss, sp. p. 420 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommmages de masses et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 282 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p. 103.

comparaison aux évènements de la vie courante²¹⁴⁶). Cela étant, le coût de la réparation peut également et paradoxalement conduire à une dégradation de cette fonction préventive.

525. Plan. Aussi, si la dimension incitative de la responsabilité *même sans faute* peut se trouver exacerbée par l'ampleur potentielle des dommages susceptibles de résulter de la réalisation d'un risque, elle reste soumise à certaines conditions (1.) qui commandent de revenir sur le rôle joué par l'assurance à cet égard (2.).

1. L'incitation à la prévention de la responsabilité même sans faute

526. Une incitation confirmée par l'analyse économique du droit. L'on a pu arguer que « lorsqu'il s'agit de parler de prévention, la responsabilité objective semble plus performante, puisque c'est elle qui fait peser la menace la plus lourde sur les auteurs du dommage »²¹⁴⁷. En effet, la démarche psychologique dans laquelle s'inscrit le responsable potentiel n'est pas du tout la même selon que sa responsabilité est recherchée sur le fondement d'une faute ou *même sans faute*. Dans le premier cas, celui-ci est incité à ne pas commettre un acte positif ou négatif susceptible d'être qualifié comme tel. Il lui suffit donc d'adopter un comportement ou de prendre les précautions requises par le système juridique pour ne pas être responsable. Pour le cas de l'exploitation d'une installation de fusion, il suffirait donc que l'exploitant se conforme à la législation en vigueur, autrement dit qu'il respecte les normes de sûreté prescrites par les autorités compétentes. Dans le second cas, il se trouve incité à ce que son activité n'engendre tout simplement aucun dommage. C'est donc un nivellement vers le haut que matérialise la responsabilité *même sans faute* recherchée. Elle encourage les exploitants à rendre leur activité la plus sûre possible compte tenu de l'acceptation selon laquelle *tout ce qui est susceptible d'aller mal ira mal* et qu'il devra, le cas échéant, en subir les conséquences, quelles qu'elles soient²¹⁴⁸. Cette hypothèse de prophylaxie a d'ailleurs été profondément confortée par la doctrine des analystes économistes du droit dont on considère qu'ils « redécouvrent bien souvent le bon sens le plus évident »²¹⁴⁹.

Pour ces derniers, la prévention serait l'objectif premier du droit de la responsabilité, si ce n'est même son fondement²¹⁵⁰. Inspirés par la *Learned Hand Formula*²¹⁵¹ et guidés par les travaux de Richard

²¹⁴⁶ Dès lors que l'on se trouve ici dans le contexte du droit de la responsabilité civile, il faut admettre que les activités visées présentent un risque d'une ampleur supérieure aux incidents de la vie courante. Cela ne saurait remettre en cas le propos tenu dans la Partie 1.

²¹⁴⁷ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude d'un système de responsabilité, Les potentialités du droit des assurances*, Paris, Défrenois, 2006, p. 197 et dans le même sens P. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », *op. cit.*, p. 669 ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, p. 321 ; A. TUNC, *La responsabilité civile, op. cit.*, n° 146.

²¹⁴⁸ La responsabilité *même sans faute* pourrait même être plus performante que le droit pénal qui, soumis au principe de légalité des délits, ne bénéficie pas de la souplesse permettant d'instituer une norme de comportement adaptée aux impératifs de prévention des dommages : voy. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile, op. cit.*, p. 198 ; C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe, Contribution à l'étude d'une mutation des risques*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 273-274 ss et *infra* § 2, B.

²¹⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats, op. cit.*, p. 58.

²¹⁵⁰ Voy. G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, p. 56.

²¹⁵¹ La règle résulte d'un arrêt *United States v. Carroll Towing Co* de 1947 rendu par le juge Billings LEARNED HAND. En l'espèce une société possédait une barge qu'elle avait laissée sans surveillance pendant quelques heures dans un port. La barge s'était alors détachée et avait endommagé un autre navire. La question se posait donc de savoir si la responsabilité de la société pouvait être engagée pour faute de négligence. Pour ce faire, le juge avait alors tenu un raisonnement basé sur une analyse économique en considérant que la négligence pouvait être retenue dès lors que le produit de la probabilité d'occurrence du dommage (*Probability*) par le montant du dommage survenu (*Loss*) s'avérait supérieur au coût de la prévention (*Burden*) matérialisé, par exemple, par le fait de laisser quelqu'un à bord : voy. M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, Paris, Ed. OCDE, 2003, pp. 42-43.

POSNER²¹⁵² et surtout de Guido CALABRESI²¹⁵³, ces auteurs tendent en effet à considérer que l'objectif de la responsabilité est de minimiser le coût de la réparation et de la prévention, et que ce coût ne peut être réduit que si l'on fait peser la charge de la réparation sur celui qui pouvait éviter le dommage à moindre coût (« *cheapest-avoider* »)²¹⁵⁴. Outre les réglementations imposant des plans de prévention des risques technologiques, l'un des principaux outils de gestion publique de ces risques reste donc le système de responsabilité civile *même sans faute* s'appliquant *ex post* leur réalisation. En obligeant l'exploitant à réparer les dommages ainsi causés, la règle de responsabilité recherchée pourrait donc créer *ex ante* des incitations à mettre en œuvre des mesures de prévention afin que, déchargée du coût de la réparation, l'activité devienne profitable²¹⁵⁵. Certes, cette approche peut connaître les limites de l'analyse économique qui réduit tout à des chiffres et ne rend pas compte de la complexité de l'âme humaine²¹⁵⁶. Cela dit, il ne s'agit pas ici de faire référence à l'argument évoqué *supra* selon lequel le contexte accidentel serait marqué par des comportements spontanés. De nouveau, les activités que visent la règle de responsabilité — *id.* les activités de fusion nucléaire — ne sont pas le terrain de ces comportements. La prévention y apparaît plus souvent comme la résultante de choix alternatifs et continus susceptibles d'influer sur un comportement de longue durée²¹⁵⁷. En réalité, la faiblesse de la théorie réside davantage dans le fait de ne prendre en considération ni l'aversion pour le risque susceptible d'induire une paralysie sociale²¹⁵⁸ ni la propension pour le risque de celui qui exploite l'activité et pour qui la réparation n'est alors qu'un gain probable ou qu'un moindre coût²¹⁵⁹. En dépit de ces imperfections — lesquelles peuvent appeler des solutions²¹⁶⁰ —, cette analyse économique n'en reste pas moins intéressante, et ce dès lors qu'elle questionne réciproquement les conditions de cette incitation de la responsabilité *même sans faute*.

²¹⁵² Voy. R. POSNER, "Killing or Wounding to Protect a Property Interest", *Journal of Law and Economics*, vol. 14, 1971, pp. 201-232 ; "A Theory of Negligence", *The Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 29-96 ; *Economic Analysis of Law*, 9^{ème} ed., Wolters Kluwer for Aspen Publishers, 2014, 2056 p.

²¹⁵³ Voy. G. CALABRESI, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499-533 ; *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970, 350 p.

²¹⁵⁴ G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 54.

²¹⁵⁵ Voy. T. KIRAT, « L'économie de la responsabilité et les dispositifs institutionnels de gestion des risques » in T. KIRAT (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regard sur le droit en action*, Paris, LGDJ, 2003, p. 75 ; A. OGUS, M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2002, pp. 70 et ss ; M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, *op. cit.*, pp. 39 et ss ; J. JACOB, « Prévention des risques technologiques à l'aide de la responsabilité civile en présence d'une innovation à double impact », *Économie et prévision*, 2013, n° 202-203, pp. 1-18.

²¹⁵⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. La responsabilité civile et les quasi-contrats*, *op. cit.*, p. 57.

²¹⁵⁷ Voy. sur l'idée de comportement spontané et comportement de longue durée J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 370 ; A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *op. cit.*, p. 407.

²¹⁵⁸ L'aversion pour le risque se caractérise par le fait de prendre des mesures de précautions excessives ou d'éviter certaines activités par crainte du risque. Ainsi l'aversion pour le risque rejoint certaines critiques avancées à l'encontre de la responsabilité *même sans faute* quant au risque de paralysie sociale qu'elle engendre sur lequel il nous sera donné de revenir au sein du propos.

²¹⁵⁹ La propension pour le risque peut provoquer une réduction de l'incitation à la prévention à l'endroit de celui pour qui la réparation des dommages présenterait un coût non certain ou, pire, un moindre coût. Le coût non certain traduit en effet l'idée qu'en investissant dans la prévention, l'exploitant gagne de l'argent sur le coût du dommage. Ce gain est toutefois conditionné à la réalisation d'un accident : ce n'est donc qu'un *gain probable*. Concernant le « moindre coût », il a pu être mis en évidence dans le contentieux états-unien de la Ford Pinto. En l'espèce, un défaut de conception de l'automobile avait occasionné un grand nombre d'accidents. Or, il était ressorti du procès la volonté explicite du constructeur automobile de ne pas avoir modifié ce défaut compte tenu du coût que cela engendrerait par rapport au coût de la vie et des blessures occasionnées. Le juge avait alors fait le choix de condamner l'exploitant à des dommages et intérêts punitifs atteignant un montant dépassant toute prévision : voy. G. T. SCHWARTZ, "The Myth of the Ford Pinto Case", *Rutgers Law Review*, 1991, vol. 43, pp. 1013-1068.

²¹⁶⁰ Concernant l'aversion pour le risque, certains aménagements seront envisagés, notamment relatifs à l'utilité sociale de l'activité dont l'opportunité comme ses limites seront exposées *infra*. Concernant la propension pour le risque, la notion de faute lucrative ou de peine privée pourrait, dans le même esprit que la solution du juge évoquée à la note ci-dessus, constituer des palliatifs intéressants. Sur ces deux solutions qui ne feront toutefois pas l'objet de développements spécifiques dans le cadre de cette étude : voy. N. FOURNIR DE CROUY, *La faute lucrative*, Paris, Economica, 2018, 498 p. ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995, 415 p.

527. Une incitation conditionnée par l'analyse économique du droit. Outre l'exigence d'une règle de responsabilité clairement posée, deux conditions sont mentionnées par les analystes économiques du droit pour atteindre cet objectif, lesquelles peuvent, après l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire, apparaître paradoxales. D'un côté, jouer de l'incitation à la prévention attachée à une règle de responsabilité *même sans faute* obligerait à une responsabilité illimitée de celui qui expose les individus au risque de son activité. En effet, la responsabilité limitée proscrirait la mise en œuvre de mesures préventives parce qu'il existe un lien direct entre « l'ampleur du risque d'accident et le montant que l'auteur consacre aux mesures de précaution »²¹⁶¹. Dit autrement, lorsque la responsabilité est limitée dans son montant, le montant égal aux mesures prises en vue d'éviter la réalisation du risque rencontre le plafond de verre égal au plafond de sa responsabilité. L'anecdote du chevalier Lucius VERATIUS se promenant au *forum* en souffletant tous les passants et de son esclave versant immédiatement l'amende attachée au délit d'*injuria* — au coût alors dérisoire en raison d'une dévaluation de la monnaie — en constitue encore un exemple probant²¹⁶². En revanche, lorsque la responsabilité n'est plus limitée, la charge de réparation à laquelle s'expose le responsable est pleine et entière. Elle peut alors dépasser le coût de la prévention²¹⁶³. D'un autre côté, l'incitation attachée à la règle de responsabilité *même sans faute* impose la solvabilité du responsable. En effet, la prévention résultant de la responsabilité *même sans faute* ne serait efficace que si celui-ci peut réellement être contraint d'assumer la charge de réparation. Dans le cas contraire, c'est la responsabilité pour faute qui redeviendrait socialement souhaitable²¹⁶⁴. Au-delà du cas spécifique de la fission nucléaire, il est donc ce problème que l'insolvabilité des exploitants d'activités technologiques et industrielles en cas d'évènement dommageable est latente²¹⁶⁵. Partant, le fait que les activités de fusion présentent un risque plus réduit que les activités de fission nucléaire ne saurait faire obstacle à une mise en relation avec le phénomène ayant accompagné l'essor des responsabilités dites objectives. Il s'agit bien évidemment du mécanisme de l'assurance qui révèle ici le paradoxe évoqué ci-dessus. En effet, c'est bien souvent à cette dernière que les civilistes attribuent la neutralisation de la fonction préventive de la responsabilité. Comme la dévaluation de la monnaie romaine avait autorisé Lucius VERATIUS à nuire à son prochain, l'assurance de responsabilité est réputée avoir annihilé toute la dimension préventive de la responsabilité civile.

²¹⁶¹ M. FAURE, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 136.

²¹⁶² L'anecdote est relatée par J-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, p. 215 et reprise par M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. La responsabilité civile et les quasi-contrats*, op. cit., p. 58.

²¹⁶³ Voy. M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., p. 111.

²¹⁶⁴ En effet, si le montant de la réparation est supérieur aux ressources de l'auteur du dommage, un problème de sous-dissuasion se pose. L'auteur du dommage, soumis à une règle de responsabilité *même sans faute*, considérera l'accident comme équivalent à ses ressources totales et ne prendra donc les précautions nécessaires qu'à hauteur de ces dernières. Si ces ressources sont inférieures au coût de la réparation, il prendra alors des précautions inférieures au niveau optimal. Dès lors, l'insolvabilité est moins problématique si un régime de faute s'applique, car l'auteur du dommage sera encore incité à prendre les précautions requises par le système juridique, tant que les sommes nécessaires à cet effet restent inférieures à ses ressources individuelles : voy. en ce sens J. JACOB, « Prévention des risques technologiques à l'aide de la responsabilité civile en présence d'une innovation à double impact », op. cit., p. 4 ; M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., p. 49.

²¹⁶⁵ Voy. les estimations opérées après l'accident d'AZF : Assemblée Nationale, *Rapport sur le projet de loi sur la prévention des risques technologiques et naturels et réparation des dommages* par Alain VÉNOT, partie 1, n° 635, 26 février 2003, p. 82.

2. L'incitation à la prévention de la responsabilité même assurée

528. Un retour sur les critiques entachant le recours à l'assurance de responsabilité. Arrivé à ce stade de l'étude, il n'est plus surprenant d'affirmer que dire *responsabilité même sans faute* revient bien souvent à dire *assurance de responsabilité*²¹⁶⁶. Sans être le seul mécanisme mobilisable²¹⁶⁷, la garantie d'un patrimoine indemnitaire constitue de longue date une « fonction naturelle » des assureurs²¹⁶⁸. Le constat relève ainsi du lieu commun que l'assurance de responsabilité a autorisé et, plus encore, légitimé l'avènement de la responsabilité sans faute : « la responsabilité civile, on le sait, suscite l'assurance. L'assurance, à son tour, facilite la responsabilité »²¹⁶⁹. Revers paradoxal ou « effet pervers »²¹⁷⁰, le reproche est cependant adressé à l'assurance d'avoir affaibli la fonction préventive de la responsabilité *même sans faute* en procédant à une invitation *ad delinquendum*²¹⁷¹. Outre les cas dans lesquels la prédisposition à l'assurance a constitué le critère de désignation du responsable²¹⁷², le mécanisme aurait dilué le lien qui unit la victime au responsable. Participant à déplacer la charge de réparation sur une collectivité (plus ou moins élargie) sans que le responsable en paye le prix²¹⁷³, l'assurance autoriserait ce dernier à diminuer sa vigilance en le cantonnant dans un rôle « théorique et presque postiche »²¹⁷⁴. À partir du moment où il s'est opéré une évolution privilégiant les clauses de direction de procès²¹⁷⁵, la transaction²¹⁷⁶ ou encore l'action directe de la victime contre l'assureur

²¹⁶⁶ On rappellera que l'assurance de responsabilité est une assurance dommages à caractère indemnitaire, dont l'objet est la dette de responsabilité ou — le versant de la même pièce — la créance d'indemnisation : voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 1, 2, a.

²¹⁶⁷ Le recours à d'autres garanties personnelles n'est en effet bien souvent resté qu'une option soit secondaire soit difficile à mettre en œuvre dont nous avons déjà écarté la pertinence au sein de cette étude *supra* note 1828.

²¹⁶⁸ N. PELZER, « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *op. cit.*, p. 40.

²¹⁶⁹ F. TERRÉ, « Propos sur la responsabilité civile », *APD*, 1977, vol. 22, p. 42. Rappelons *grosso modo* que si la responsabilité civile a pu effectivement se passer de la faute comme fondement unique de la responsabilité, c'est parce que l'assurance a constitué un stimulant, un moyen de parer à l'impératif d'indemnisation et de lui offrir une explication satisfaisante. Envisagée seule, une telle responsabilité serait en effet apparue « d'une rigueur ayant parfois une odeur d'injustice » : P. ESMEIN, note sous Cass. civ. 2, 13 mars 1957, *JCP* 1957, II, 10 084. Le mécanisme de l'assurance a ainsi rendu raisonnable l'effort assumé par le responsable désigné, et ce tout en permettant d'en assurer la solvabilité : la responsabilité *même sans faute* étant resté *in fine* un mécanisme de responsabilité individuelle, c'est-à-dire de désignation d'un patrimoine qui assumera seule la réparation.

²¹⁷⁰ F. EWALD, *L'État Providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 393.

²¹⁷¹ Voy. R.-J., POTHIER, *Traité du contrat d'assurance*, Marseille, Sube et Laporte, 1810, p. 105 : « il est évident que je ne peux pas convenir avec quelqu'un qu'il se chargera des fautes que je commettrai : ce serait une convention qui inviterait *ad delinquendum* ».

²¹⁷² Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1.

²¹⁷³ Voy. L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933, p. 3 ou encore J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique, op. cit.*, p. 86 : « chacun ne répond plus des dommages d'activités qu'il a personnellement causés, mais d'une quote-part des dommages résultant du genre d'activités qu'il déploie ». Nous soulignons.

²¹⁷⁴ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, op. cit.*, p. 45 et dans le même sens Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile, d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *op. cit.*, p. 7 ou encore B. FOUSSAT, « Une réforme nécessaire (à propos des assurances obligatoires) », *Risques*, n° 12, 1992, p. 27.

²¹⁷⁵ Sur ces clauses : voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.*, pp. 527 et ss.

²¹⁷⁶ Sur le mécanisme de la transaction permettant un règlement amiable en dehors de tous procès : voy. *infra* § 2.

sans mise en cause obligatoire de l'assuré²¹⁷⁷, le responsable ne serait plus « qu'une figure pour ordre »²¹⁷⁸ et la responsabilité « qu'un mot vide de sens, un détour inutile »²¹⁷⁹.

529. Une relativisation des critiques entachant le recours à l'assurance de responsabilité. Pour autant, une partie des critiques énoncées à l'encontre de l'assurance de responsabilité ne démontre pas d'un affaiblissement total de la fonction préventive de la responsabilité *même sans faute*. Certainement, la distorsion du schéma traditionnel victime-responsable suscité par l'assurance et les évolutions procédurales afférentes ont pu entraîner une certaine « déresponsabilisation ». Le responsable peut ainsi se trouver dispensé d'assister au chagrin de sa victime ou à un examen approfondi de son comportement²¹⁸⁰. Pour autant, ce problème n'est certainement pas l'apanage de la responsabilité *même sans faute*²¹⁸¹. De plus, on ne voit pas « quel tour de passe-passe permettrait d'atteindre l'assureur sans connaître l'agent assuré »²¹⁸². L'assurance reste par principe *res inter alios acta* : la responsabilité de l'exploitant assuré à l'égard de la victime existera toujours²¹⁸³. Davantage, ces critiques peuvent être relativisées compte tenu du caractère déjà stigmatisant que revêt la reconnaissance judiciaire d'une responsabilité, d'autant plus si elle doit impliquer une activité nucléaire²¹⁸⁴. Quoique d'aucuns puissent ici objecter du mécanisme de la transaction dont la confidentialité constitue un obstacle certain à la dimension préventive de la responsabilité, il faut préciser que ce mécanisme n'est pas exclusif de l'assurance. Enfin, et surtout, cet effacement de l'être-responsable touchant de plus près une autre fonction de la responsabilité, la pertinence de ces critiques sera mesurée à son aune²¹⁸⁵. Dans le cadre de l'étude de la dimension préventive de la responsabilité *même sans faute*, seul l'*aléa moral* de l'assurance – c'est-à-dire « la probabilité psychologique, qui relève

²¹⁷⁷ L'action directe, prévue par l'article L124-3 du *Code des assurances*, est la possibilité pour une victime de ne pas intenter une action en responsabilité contre l'auteur du dommage, mais contre son assureur directement. De base, l'action directe contre l'assureur impliquait une mise en cause de l'assuré à l'instance, car on ne pouvait discuter de sa responsabilité en son absence. La mise en cause n'était pas obligatoire que lorsque la responsabilité de ce dernier avait déjà été judiciairement établie, auquel cas la décision était opposable à l'assureur : voy. Cass. civ. 13 décembre 1938, *Bull. civ.*, n° 228. La jurisprudence est cependant revenue sur cette obligation considérant notamment le lien *in solidum* caractérisant l'assureur à l'assuré et l'assimilant à une sorte de co-auteur. Aussi, la Cour de cassation retient désormais que la recevabilité de l'action directe n'est pas subordonnée à l'appel en la cause de l'assuré par la victime dont la responsabilité n'aurait pas été préalablement établie : Cass. civ. 7 novembre 2000, n° 97-22582, *Bull. civ. I*, n° 274, p. 177 ; Cass. civ. 2, 27 avril 2017, n°16-15.525, *Bull. civ.* et plus généralement Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, pp. 544 et ss et les notes sous l'article L124-3 du *Code Dalloz*.

²¹⁷⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile, d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *op. cit.*, p. 7.

²¹⁷⁹ Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *op. cit.*, p. 42 et dans le même sens G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p. 48 et P. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », *op. cit.*, p. 681.

²¹⁸⁰ Voy. M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, p. 200 et plus avant J. BIGOT, « La mise en cause de l'assuré par la victime exerçant l'action directe contre l'assureur », *JCP G*, 1966, I, p. 1970.

²¹⁸¹ On rappellera en effet que la responsabilité pour faute est assurable à l'exception de la faute intentionnelle ou dolosive : voy. *Code des assurances*, art. L113-1 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, pp. 317 et ss

²¹⁸² R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *RIDC*, vol. 11, 1959, p. 518.

²¹⁸³ Puisque la garantie d'un assureur de responsabilité ne peut être recherchée que si la responsabilité de l'assuré peut être engagée, l'action directe de la victime ne peut ainsi logiquement être mise en œuvre que si l'assuré est responsable du dommage dont la réparation est demandée : voy. Cass. civ. 2^e, 11 mars 1970, *Bull. civ. II*, n° 87 ; Cass. civ. 2, 4 novembre 2010, n°09-69.780, *Inédit* ou encore Cass. civ. 2, 14 juin 2012, n° 10-17.239, *Inédit* et plus généralement L. BLOCH, « Le particularisme de l'assurance de responsabilité », *JCL Responsabilité civile et assurances*, fasc. 11-10, 2021, § 21 ; S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, Paris, PUF, 2001, p. 316 ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, p. 219 et Y. LAMBERT-FAIVRE, « Réflexions sur la nature juridique des assurances de responsabilité », *op. cit.*

²¹⁸⁴ De plus, quelle que soit même la forme de la décision rendue d'un point de vue procédural, c'est-à-dire si elle devait n'avoir qu'une autorité de chose jugée entre l'assureur et la victime, la condamnation serait en toute hypothèse tout de même opposable au responsable : voy. en ce sens J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 368. Sur ce point d'ailleurs, on a pu souligner tout l'intérêt que l'assuré soit mis en cause : voy. notamment C. BLÉRY, « La non-mise en cause de l'assuré dans l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité : critique au regard de la procédure », *LPA*, 18 juin 2004, n° 122, p. 5 relevant que l'opposabilité de l'assureur en l'absence du responsable, alors tiers au procès, pouvait lui nuire de ce seul fait : « c'est le cas si l'assuré estime ne pas être responsable du dommage ou bien l'être pour un montant inférieur à celui évalué par le juge en son absence. Il n'est pas anodin d'être à tort tenu pour responsable, même si c'est l'assureur qui paye ! ».

²¹⁸⁵ Voy. *infra* § 2.

et décrit le fait que la vigilance de l'assuré tend à se relâcher dès l'instant qu'il se sait parfaitement garanti par les assureurs » – constitue un facteur méritant attention²¹⁸⁶.

530. Plan. C'est donc sur cet élément qu'il s'agira de se concentrer en revenant sur l'esprit du mécanisme assurantiel (a.) et en montrant les mesures concrètes par lesquelles il permet d'introduire une certaine prophylaxie (b.)

a. La prévention résultant de l'opération d'assurance

531. Un contrat aléatoire devant être dépourvu d'aléa. De nombreux auteurs se sont attachés à démontrer que « l'assurance n'est pas que la réparation [mais qu'] elle est aussi la prévention »²¹⁸⁷, et parfois de façon plus performante que les mesures étatiques²¹⁸⁸. L'assureur, lorsqu'il conclut un contrat avec l'assuré, voit en effet un aspect important de la détermination du risque lui échapper. Alors que ni l'un ni l'autre ne détermine les conditions d'une responsabilité civile, le contrat est aléatoire en lui-même²¹⁸⁹. Pour autant, pris dans sa « globalité » le contrat d'assurance doit être dépourvu d'aléa. La logique de mutualisation qui tient de bout en bout le mécanisme de l'assurance de responsabilité impose qu'une compensation se réalise afin qu'un équilibre soit trouvé entre les montants des primes versées par les assurés et celui des indemnités versées par l'assureur. L'exploitation de l'énergie nucléaire de fission en a témoigné, cette mutualisation des risques dispersés est essentielle. Elle permet à l'assureur de couvrir des dommages d'un certain ordre de grandeur²¹⁹⁰. Réciproquement, elle impose donc que les deux parties prennent la mesure de toutes les normes et règles juridiques susceptibles de s'imposer à eux. Deux effets peuvent alors y être attachés, lesquels participent à une certaine prévention.

532. Un contrat aléatoire appelant conséquemment la prévention. En effet, la prévention peut résulter d'un premier choix de l'assureur de considérer que le risque présenté par l'activité licite²¹⁹¹ n'est tout simplement pas assurable²¹⁹². En refusant l'assurance, celui-ci participe ainsi à une sélection quasi naturelle des activités désirables alors entendues comme les moins dangereuses²¹⁹³. L'argument

²¹⁸⁶ C. SAINRAP, *Dictionnaire général de l'assurance*, Paris, Arcature, 1996, s.v. « Moral hazard ».

²¹⁸⁷ D. KESSLER, « Les nouveaux enjeux de l'assurance », *Analyse financière*, 2002, n° 5, p. 22 et notamment sur cette question H. CHARTIER, *Responsabilisation en droit des assurances de responsabilité civile*, Thèse, Orléans, 2003, 560 p.; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., pp. 157 et ss; G.J. MARTIN, « Responsabilité et assurance », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 158, pp. 51-55; C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., pp. 281 et ss; F. MILLET, V. HEUZÉ, « Les fonds d'indemnisation et l'assurance » in G. VINEY, B. DUBUISSON (dirs), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, Point de vue franco-belge*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 455 et ss. Le thème est également récurrent dans les travaux de ceux s'étant intéressés à la responsabilité des dommages de masses ou de l'exploitation d'activité à risque : voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 187; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 525.

²¹⁸⁸ Voy. C. GOLLIER, « La solidarité sous l'angle économique », *RGDA*, n° 3, 2002, p. 824; P. ESSIG, *Débat national sur les risques industriels, Rapport au Premier ministre*, 2001, pp. 28-31 et R. CARIO, « Médias et insécurité : entre droit d'informer et désillusion sécuritaire », *D.*, 2004, pp. 75-80.

²¹⁸⁹ Voy. *Code civil*, art. 1964 : « [l]e contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ». Le contrat d'assurance est donc un contrat aléatoire : ses effets dépendent d'un événement incertain (la réalisation du risque) et constitueront, selon les circonstances, un bénéfice ou une perte pour les deux parties : voy. L. MAYAUX, A. PIMBERT, « Contrat d'assurance », *Répertoire de droit civil*, 2021, §§ 32-51.

²¹⁹⁰ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 1, A, 2, a.

²¹⁹¹ L'assureur ne saurait en toute hypothèse assurer le risque d'une activité illicite par application des articles 6 et 1162 du *Code civil*.

²¹⁹² Parce que le risque est l'objet du contrat, l'assureur bénéficie d'un panel d'outil et de technique qui permettant de l'évaluer autant que faire se peut en amont : voy. notamment Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., pp. 279 et ss ou S. BERTOLASO, « Le risque, objet du contrat », *JCL Responsabilité civile et assurances*, fasc. 505-20, §§ 1 et ss.

²¹⁹³ Rapprochez avec l'idée de Guido CALABRESI qui appelait à la dissuasion par le biais du marché (*general deterrence* ou *market deterrence*) afin de privilégier les activités sûres aux activités dangereuses et de rendre plus sûre les activités dangereuses. Voy. également en ce sens P. LEGRAND, « Le droit des délits civils : pour quoi faire ? » in P. LEGRAND, *Common law : d'un siècle à l'autre*, Montréal, Blais, 1992, p. 471.

trouve cependant une portée limitée : l'assurance ne disant pas le droit, l'inassurabilité ne saurait *a priori* empêcher la poursuite de l'activité non désirable non assurée. Mais parce que l'on aura l'occasion de revenir sur cette question *infra*²¹⁹⁴, il s'agit surtout d'insister sur la prévention qui résulte du rôle qu'assume l'assureur qui a accepté de garantir le risque. Dans le cadre des activités à risque telle que les activités de fusion nucléaire, l'assureur peut être un véritable acteur de la politique de prévention de l'exploitant. En acceptant de couvrir la responsabilité *même sans faute* d'un exploitant, il a tout à gagner à réduire au maximum le caractère aléatoire du risque. Son réalisme sur le coût de la responsabilité se mesure alors « à l'aune de sa politique préventive et confine au bon sens : mieux vaut prévenir le dommage que le réparer ! »²¹⁹⁵. Dit autrement, elle se mesure à l'aune des techniques qu'il sera amené à déployer pour « inciter l'assuré à se comporter comme s'il n'était pas assuré » et ainsi atteindre « l'objectif d'une gestion optimale de l'aléa moral »²¹⁹⁶.

b. La prévention résultant des mécanismes assurantiels

533. Les techniques incitatives classiques de l'assurance. Véritable régulateur privé, les techniques de l'assureur sont bien connues. Tenant pour la plupart à exposer l'assuré à une partie du risque qu'il crée, elles résident d'abord dans les conditions de son intervention qui peuvent constituer autant d'exclusions corrélatives de risque²¹⁹⁷. Ensuite, elles apparaissent au cours du contrat pour corriger l'insouciance susceptible de subsister sur la portion du risque garanti. La dissuasion trouve alors sa source dans le jeu des différentes franchises et des plafonds de responsabilité, dans le jeu des clauses d'aggravation ou de diminution du risque ou encore dans le jeu des clauses de *bonus-malus*, voire des clauses de résiliation après sinistre ou la déchéance²¹⁹⁸. D'autres évoquent ainsi des « techniques assurantielles de pénalisation »²¹⁹⁹ permettant de combler le déficit de la responsabilité et d'insérer l'assurance dans « l'administration » de cette dernière²²⁰⁰. Le problème étant que l'on pourrait toujours douter de la pertinence de ces mécanismes institués pour les risques de la « vie courante ». Lorsqu'elles concernent des activités industrielles présentant un risque d'une ampleur potentielle

²¹⁹⁴ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 1.

²¹⁹⁵ A-S. BARTHEZ, « Environnement, assurance et garantie », *Environnement*, n°6, 2009, pp. 41-45, sp. § 8.

²¹⁹⁶ M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, *op. cit.*, p. 120 faisant référence à M. PAULY, "The Economic of Moral Hazard", *American Economic Review*, n° 58, 1968, pp. 531-545.

²¹⁹⁷ Dans le contrat d'assurance, certains éléments conditionnent la garantie et d'autres excluent la garantie. Pour exemple, l'assurance d'un vélo peut être conditionnée à l'installation d'un antivol. La non-utilisation de cet antivol peut en revanche constituer une exclusion. Si ces exclusions sont libres et variées, la différence tient principalement aux conditions de leurs formulations sur laquelle la jurisprudence fait preuve d'une certaine rigueur : voy. M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, p. 160 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, pp. 343 et ss ; S. BERTOLASO, « Le risque, objet du contrat », *op. cit.*, §§ 79 et ss, sp. § 85. Par ailleurs, on rappellera qu'il est également certains risques dont la loi exclut la garantie, par-delà l'exclusion de l'assurance des activités illicites.

Il en va ainsi de la faute intentionnelle de l'assuré, ou encore des risques de guerres, quoique ce dernier puisse céder devant une convention contraire : voy. *Code des assurances*, art. L113-1 ; L121-8 et Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, pp. 302 et ss ; S. BERTOLASO, « Le risque, objet du contrat », *op. cit.*, §§ 50 et ss ou encore L. CAILLÉ, « Assurance de dommage – Règle commune aux assurances de dommages », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2021, §§ 52 et ss.

²¹⁹⁸ Sur les divers mécanismes évoqués voy. *Code des assurances*, art. L113-8 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, pp. 284 et ss, 439 et ss ; L. CAILLÉ, « Assurance de dommage – Règle commune aux assurances de dommages », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2021, § 104 et ss, 129 et ss ; S. BERTOLASO, « Le risque, objet du contrat », *op. cit.*, §§ 13 et ss, 121-122 ; L. MAYAUX, A. PIMBERT, « Contrat d'assurance », *Répertoire Dalloz droit civil*, 2021, §§ 255 et ss. Et sur la mobilisation de ces différentes techniques aux fins d'une « responsabilisation » telle qu'évoquée de longue date en doctrine voy. notamment G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, pp. 166 et ss ; C. RUSSO, *De l'assurance responsabilité à l'assurance directe*, *op. cit.*, pp. 280 et ss ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, pp. 159-179 et plus généralement H. CHARTIER, *Responsabilisation en droit des assurances de responsabilité civile*, *op. cit.*

²¹⁹⁹ L. CADTET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit.*, p. 507 ; P. PIERRE, *Vers un droit des accidents. Contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance*, thèse, Rennes, 1992, pp. 238 et ss.

²²⁰⁰ F. EWALD, *L'État Providence*, *op. cit.*, p. 50.

supérieure, telle que cela est le cas des activités de fusion, ces techniques s'avèrent bien souvent inefficaces²²⁰¹. Pour cela, le mécanisme assurantiel a pris en considération les données propres à l'évolution industrielle et technologique et la spécificité de ces risques²²⁰². Dans ce domaine, la politique autoritaire des assureurs s'est en effet mêlée d'une politique incitative de prévention de ces risques singuliers. L'assureur ne pouvant se contenter d'obéir à la logique d'une assurance de masse (id. encaisser sa prime et attendre la survenance d'un sinistre), un véritable partenariat s'est organisé entre les assureurs et les exploitants²²⁰³.

534. Les techniques incitatives appliquées aux installations classées²²⁰⁴. Les techniques employées par le secteur assurantiel des installations industrielles, et spécifiquement des installations nucléaires de base et des installations classées pour la protection de l'environnement, ne lui sont pas toutes exclusives. Le recours aux mécanismes décrits ci-dessus y est assurément maintenu. Il s'accompagne cependant de quelques spécificités. D'abord, les contrats y sont généralement conclus pour une durée relativement limitée (une année) afin de permettre une nouvelle évaluation du risque à chaque renouvellement²²⁰⁵. Ensuite, certaines activités industrielles ont été le terrain d'une érection de mesures de prévention comme conditions de la garantie. Si celles-ci recourent bien souvent le champ des prescriptions administratives éventuellement applicables à l'exploitation²²⁰⁶, elles peuvent également être à la seule initiative de l'assureur. Avant la souscription du contrat, ce dernier peut imposer une visite du site et solliciter une équipe de spécialistes aux fins d'apprécier la nature et la mesure du risque, mais également d'orienter l'exploitant vers des mesures de prévention plus spécifiques²²⁰⁷. Le non-respect de ces mesures de prévention affectant l'assurabilité du risque, l'assureur peut refuser d'assurer l'activité, ou en tirer les conséquences prévues si ce non-respect devait intervenir en cours de contrat²²⁰⁸. Pendant la vie du contrat, certains procédés sont également singulièrement utilisés. L'assureur peut ainsi imposer à l'exploitant de lui faire parvenir des rapports actualisés ou exiger un droit de visite par la clause dite « contrôle technique de risque ». Tout en permettant d'entretenir un dialogue régulier entre l'assureur et l'exploitant, le jeu de cette clause peut

²²⁰¹ Par exemple, la franchise peut être rachetée créant ainsi une immunité financière et les clauses *bonus-malus* peuvent apparaître d'un faible impact économique, quand elles ne sont pas totalement rendues inutiles. En effet, qu'ils s'agissent de ces dernières techniques, de l'instauration d'un plafond d'assurance ou encore des clauses de déchéance ou de résiliation après sinistre, elles pourraient montrer un effet incitatif relatif, lorsque conditionné à la survenance d'un sinistre, il apparaît que le principal actif de l'exploitant pourrait avoir été détruit le rendant insolvable *de facto* : voy. notamment M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, pp. 164, 177-178, et pour une critique au-delà de cette circonstance C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, pp. 147 et ss.

²²⁰² Sur la spécificité du risque industriel voy. A. LE GARS, « L'aléa dans le risque industriel », *Environnement* n° 2, 2006, Étude 3 ; M-L. SALVADOR, *La gestion contractuelle du risque industriel*, thèse, Université Toulouse I Capitole, 205, sp. pp. 200 et ss.

²²⁰³ Voy. sur cette idée A-S. BARTHEZ, « Environnement, assurance et garantie », *op. cit.*,

²²⁰⁴ Le propos sera basé principalement sur le contrat type Assurpol inspiré des contrats d'Assuratom (pool nucléaire français) dont une présentation est faite dans J. KULLMANN (dir.), *Le Lamy Assurance*, Saint-Ouen, Wolters Kluwer, 2021, sp. §§ 2203 et ss. Ayant vocation à assurer la garantie de tous les dommages résultant d'une atteinte à l'environnement par les installations classées, ces contrats sont typiques des contrats conçus pour réceptionner les risques d'exploitation d'activités à risque. Ils sont d'ailleurs souvent invoqués en ce sens, voy. pour exemple A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 285-287 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 527-528 ; M-L. SALVADOR, *La gestion contractuelle du risque industriel*, *op. cit.*, sp. pp. 208 et ss ; M. PRIEUR (dir.), *Droit de l'environnement*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 1343.

²²⁰⁵ Voy. J. KULLMANN (dir.), *Le Lamy Assurance*, *op. cit.*, §§ 2249, 2256.

²²⁰⁶ *Ibid.* § 2231.

²²⁰⁷ *Ibid.* §§ 2250-2255 ; M-L. SALVADOR, *La gestion contractuelle du risque industriel*, *op. cit.*, p. 208.

²²⁰⁸ Voy. L. MAYAUX, A. PIMBERT, « Contrat d'assurance », *op. cit.*, §§ 287 et ss.

influer sur les obligations de l'exploitant, voire entraîner une suspension/résiliation du contrat²²⁰⁹. L'assureur est donc un partenaire, mais pas un partenaire « infini »²²¹⁰. Il s'apparente presque à un inspecteur privé des installations montrant, pour certains, une rigueur supérieure à celle des services administratifs²²¹¹. Surtout, l'assureur use de mécanismes jouant sur l'incitation financière. Tel est le cas de la clause de découvert obligatoire qui laisse obligatoirement à l'exploitant le paiement d'une part du dommage en le privant de l'achat d'une surprime²²¹². Enfin, l'assureur peut accompagner sa garantie initiale d'avantages, et notamment la promesse du remboursement des mesures de sauvetage engagées pour réduire, autant que possible, une réalisation imminente de dommage rappelant ainsi au souvenir des mesures de sauvegarde du régime de responsabilité civile nucléaire²²¹³. Si la doctrine a d'ailleurs pu regretter que ce type de clause ne soit encore ni obligatoire ni explicitement étendu à toutes les mesures de prévention²²¹⁴, il n'en reste pas moins que l'ensemble de ces mesures participent à renforcer les bonnes pratiques. Elles contribuent ainsi à doter la responsabilité *même sans faute même assurée* d'une dimension préventive dont on ne saurait dénier l'intérêt à l'endroit du risque nucléaire de fusion, et par-dessus lui, du risque technologique.

535. Conclusion intermédiaire. Au terme de cet exposé, il apparaît que la responsabilité *même sans faute* et *même assurée* est trop durement jugée quant à l'ineffectivité de sa fonction préventive. Nous-mêmes l'avons trop durement jugée quand nous avons porté une critique sur la considération assurantielle ayant guidé la désignation du responsable en la personne de l'exploitant nucléaire. Certes, cette dimension souffre de certaines limites dont les conditions posées par les analystes économistes du droit se font l'écho. De même, il pourra être objecté que l'assurance, parce qu'elle n'intervient « que par le biais de techniques propres au cadre des relations contractuelles » ne permet pas à la responsabilité de voir « restaurer totalement complètement son image de mécanisme utile face aux comportements nuisibles »²²¹⁵. Mais la prévention n'est exclusive ni de la responsabilité civile ni de la responsabilité tout court. Une pluralité d'acteurs est amenée à se rencontrer sur le terrain des activités à risque telle les activités de fusion nucléaire. Peut-être, l'assurance peut « développer chez les assurés une insouciance regrettable, diminuer leur vigilance et leur prudence »²²¹⁶. Mais l'âme humaine est complexe et « la morale peut aussi enseigner que celui qui se livre à une activité créatrice de risque ne peut demeurer insoucieux des conséquences préjudiciables qui en résultent pour

²²⁰⁹ Voy. Code de l'assurance, art. L113-4 ; M. PRIEUR (dir.), *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 1344 ; J. KULLMANN (dir.), *Le Lamy Assurance, op. cit.*, §§ 2257-2258 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile, op. cit.*, p. 286 ; M-L. SALVADOR, *La gestion contractuelle du risque industriel, op. cit.*, p. 210.

²²¹⁰ A-S. BARTHEZ, « Environnement, assurance et garantie », *op. cit.*, § 9.

²²¹¹ G-J. MARTIN, « Responsabilité et assurance », *op. cit.*, p. 55 et sur le rôle supposé insuffisant des inspecteurs des installations *infra* Section 2.

²²¹² Voy. J. KULLMANN (dir.), *Le Lamy Assurance, op. cit.*, § 2260.

²²¹³ Cette garantie se décomposerait en réalité dans une double garantie. D'abord, il y aurait la garantie « responsabilité environnementale » s'inscrivant en conformité avec les exigences de la Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale et visant ainsi les mesures visées par le texte. Cette garantie est indépendante et *sui generis*. Ensuite, il y aurait une garantie annexe à la garantie responsabilité civile visant à rembourser toute mesure servant effectivement à prévenir la survenance des dommages garantis ou alors à limiter leur aggravation. Aujourd'hui, cette garantie serait quasi systématiquement mobilisée, mais se trouve néanmoins fortement limitée, obéissant souvent à un plafond réduit et soumis à des conditions strictes rappelant celle du régime de responsabilité civile nucléaire : réalité, imminence et urgence : voy. *Lamy Assurance*, §§ 2210-2215 et *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

²²¹⁴ Voy. M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité, op. cit.*, p. 168.

²²¹⁵ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Responsabilité civile et dommage de masse, op. cit.*, p. 187

²²¹⁶ M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres, Le contrat d'assurance*, 5^{ème} ed., Paris, LGDJ, 1982, n° 352 et B. FOUSSAT, « Une réforme nécessaire (à propos des assurances obligatoires) », *Risques*, n° 12, 1992, p. 27.

autrui »²²¹⁷. Ne pas prendre en considération cette idée reviendrait à caricaturer l'exploitant d'une activité à risque et, particulièrement d'une activité de fusion nucléaire, « sous les traits d'un homme d'affaires allègre, d'un triomphant égoïsme, dont on n'hésiterait pas à modérer le goût du risque et l'appât des profits par la menace salutaire d'une lourde responsabilité »²²¹⁸. Cela reviendrait à croire (faussement) que la menace de la responsabilité constitue le seul aiguillon de la conscience professionnelle²²¹⁹. Enfin et surtout, il faut rappeler que l'opportunité d'une solution se mesure toujours à l'aune de ses alternatives. Par-dedans ses apports théoriques sur le droit des activités à risque, la présente partie n'est autre que la recherche d'une alternative au régime de responsabilité civile nucléaire pour organiser la réparation des dommages de fusion. Au sein de cette présente partie, le privilège accordé à la responsabilité doit se mesurer à ses propres alternatives. Autrement dit, il doit se mesurer à l'aptitude des mécanismes d'indemnisation – concurrents directs de la responsabilité – à la remplacer dans cette fonction lui étant ordinairement assignée.

B. La dimension préventive inexistante des mécanismes concurrents

536. Une fonction exclusive de la responsabilité. Si la fonction indemnitaire n'est pas la seule que se propose la responsabilité, la fonction préventive lui est un corollaire exclusif. Il n'y a d'ailleurs là rien de surprenant. Les mécanismes visant à concurrencer la responsabilité dans sa fonction indemnitaire ne présentent *per se* aucune dimension préventive : leur préoccupation première n'est pas de chercher un responsable, mais d'indemniser la victime. Il convient néanmoins de revenir sur ces options, non seulement dans l'objectif de réfuter définitivement toute hypothèse de leur dimension préventive intrinsèque, mais également pour mesurer l'incidence que leur mobilisation pourrait avoir sur l'établissement d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion nucléaire.

537. Plan. Pour ce faire, il faut donc d'envisager les deux options concurrençant principalement l'établissement de cette règle de responsabilité, à savoir le mécanisme de l'assurance directe (1.) et l'instauration d'un fonds dédié à l'indemnisation des victimes d'activités à risque (2.).

1. L'insuffisance du recours à l'assurance directe

538. Une solution éprouvée. Le recours au mécanisme de l'assurance directe pour réceptionner les dommages résultant de la réalisation du risque industriel constitue une solution éprouvée, tel qu'en a témoigné la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques adoptée à la suite de l'accident survenu sur le site AZF. Certes, cette loi ne s'applique pas aux activités de fusion nucléaire, et révèle, en sus, des faiblesses certaines quant aux modalités d'indemnisation prévues²²²⁰. Indépendamment de ces faiblesses, et sans préjudice de l'étude des conditions dans lesquelles l'assurance directe pourrait permettre une indemnisation adéquate aux victimes d'activités à

²²¹⁷ Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *op. cit.*, p. 42.

²²¹⁸ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 511.

²²¹⁹ C. RUSSO, *De l'assurance responsabilité à l'assurance directe*, *op. cit.*, p. 27.

²²²⁰ Voy. *supra* Introduction § 23.

risque²²²¹, il est surtout le fait, que du point de vue de la prévention, le recours à l'assurance directe est critiquable. En dépit de l'attention qu'a pu lui porter la doctrine²²²², l'absence de fonction dissuasive attachée au mécanisme relève presque de l'évidence.

539. Plan. Elle résulte tant de sa logique intrinsèque (a.) que du contexte juridique appelant sa généralisation (b.).

a. Une logique intrinsèque étrangère à toute fonction préventive

540. Le mécanisme de l'assurance directe. L'assurance directe est la technique par laquelle l'indemnisation des dommages incombe aux assureurs des victimes sans qu'elles aient à rechercher un responsable²²²³. Dit autrement, la victime potentielle s'assure, moyennant le paiement d'une prime, pour le dommage qu'elle pourrait subir en raison du fait d'un tiers. Initialement créée pour les hypothèses de faits dommageables dans lesquels l'intervention d'un tiers était rare ou n'étaient pas des cas de responsabilité, l'assurance directe autorisait la victime « élue du sort » à se décharger sur un autre du malheur qui la frappait²²²⁴. En dépit, ou à raison, de l'évolution du droit de la responsabilité, l'assurance directe a connu un regain doctrinal à partir des années 1990. L'idée s'est ainsi faite jour que le mécanisme pourrait constituer la pièce centrale d'un droit des accidents. Faisant suite au constat d'un droit de la responsabilité « bouffi et déformé »²²²⁵ et d'une assurance de responsabilité à bout de souffle, certains ont effectivement retourné la théorie du risque-profit créé pour défendre l'idée d'un risque-profit subi²²²⁶. Cette théorie a soutenu le constat selon lequel le *bonus paterfamilias* devait accepter de vivre baigné dans le risque des activités qui profitent à la société, et ainsi prendre les précautions pour le pallier²²²⁷. Sans nuire aux victimes, le mécanisme permettrait à la responsabilité, exonérée de la recherche forcenée d'un payeur, de retrouver son orthodoxie

²²²¹ Voy. *infra* § 2.

²²²² On pourra ainsi principalement renvoyer le lecteur vers la thèse de C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., pp. 197 et ss ou celle de M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., pp. 61 et ss, 117 et ss et 217 et ss ou encore pour une présentation simplifiée vers G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., pp. 97-100. Par-delà, la question est également un objet récurrent des études portant sur la réparation des dommages de masses ou catastrophiques : voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 262 et ss ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 513 et ss ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, op. cit., pp. 140 et ss.

²²²³ Voy. C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., p. 3, note 10 ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., p. 62.

²²²⁴ Voy. C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., p. 206 faisant notamment référence aux mots de P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., p. 488 : « [L]e dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un [...] s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances ».

²²²⁵ F. CHABAS, « L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité civile », *Risques*, 1993, n° 14, p. 84.

²²²⁶ Voy. J.-M. BELORGEY, « Solidarité nationale et responsabilité des acteurs économiques », *Risques*, n° 10, 1992, p. 53 relevant que « si chacun a son utilité comme producteur, mais aussi comme consommateur, et si en fin de compte, chacun n'existe en qualité de producteur ou de consommateur que par la grâce de l'autre [...] la notion de bénéfice d'une activité est réversible. De même celle de risque : chacun d'entre nous est à la fois celui qui crée et celui qui subit les risques. La seule façon de faire reculer l'agressivité sociale est d'en tenir compte dans le statut accordé aux victimes de l'éventuelle réalisation de ces risques ». Sur cette idée dominée par une logique purement économique voy. C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., pp. 206-210.

²²²⁷ Voy. parmi d'autres P. PIERRE, *Vers un droit des accidents : contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, thèse, Université de Rennes, 1992, 460 p. ; S. BERTOLASO, *Le déclin de l'assurance de responsabilité*, thèse Bordeaux, 1996, 619 p. ; F. EWALD, *L'État Providence*, op. cit., p. 441 ; « La société assurantielle », *Risques*, n° 1, 1990, pp. 1-23, sp. p. 19 ; C. DELPOUX, « Assurance et responsabilité : un couple en crise », *Risques*, vol. 10, 1992, pp. 79-88 ; L. MOURGEON, « Pour la suppression de la responsabilité en cas d'accident et son remplacement par l'assurance dommage », *JCP*, 1981, I, 3050.

d'antan²²²⁸. Plus encore, il serait plus avantageux puisqu'en permettant d'élargir la collectivité soumise à l'assurance, il permettrait une plus large mutualisation et donc une meilleure répartition du coût de la réparation²²²⁹. Enfin, il autoriserait un règlement plus rapide de l'indemnisation²²³⁰. Séduisante de prime abord, l'on peut ainsi comprendre que la proposition ait convaincu le législateur appelé à résoudre les problématiques liées à l'indemnisation des dommages causés par la réalisation des risques technologiques. L'assurance directe montre toutefois une faiblesse certaine. Au-delà du fait que « le slogan victime-payeur »²²³¹ puisse heurter le sentiment du juste²²³² ; qu'elle promette une économie et une qualité d'indemnisation relativisable²²³³ ; et qu'elle repose sur un postulat parfaitement erroné selon lequel les activités à risque, et surtout les activités nucléaires, ne font l'objet d'aucune contestation par le *bonus paterfamilias*, l'assurance directe ne propose surtout aucune dimension préventive.

541. Le « tour de passe-passe » de l'assurance directe. Par l'effacement de l'être-responsable qu'il opère, le mécanisme est en effet un élément particulièrement perturbateur à l'égard de la fonction préventive de la responsabilité civile. Lorsque la mutualité n'est plus directement constituée par les responsables potentiels, mais par leurs victimes potentielles, les premiers (surtout ceux dénués de toute conscience professionnelle) sont nécessairement moins incités à adopter des mesures de prévention coûteuses²²³⁴. Or, quelle que soit la force des arguments économiques invoqués à l'appui du recours au mécanisme de l'assurance directe, le meilleur moyen de faire des économies reste encore d'éviter la réalisation d'un risque, c'est-à-dire d'investir dans sa minimisation²²³⁵. Dès lors, et au vu de

²²²⁸ Voy. F. CHABAS, « L'assurance de personnes au secours du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, sp. p. 83 évoquant un retour « à un vrai droit de la responsabilité » et dans le même sens G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, p. 378 qui bien que considérant l'assurance directe contraire à « l'esprit démocratique » relevait néanmoins qu'il « est certain que si l'assurance individuelle était, dans la pratique habituelle, les victimes porteraient moins d'attention à la facilité du recours en responsabilité ».

²²²⁹ Voy. C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, *op. cit.*, p. 208 ; G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, *op. cit.*, p. 362 ; F. EWALD, *L'État Providence*, *op. cit.*, p. 536 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p. 98.

²²³⁰ Voy. C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, *op. cit.*, pp. 48 et ss ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, pp. 63-64 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 269-270.

²²³¹ F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle*, *op. cit.*, p. 56.

²²³² En sus d'être à l'origine d'une discrimination sociale sur lesquelles on reviendra *infra*, l'assurance directe heurte l'idée selon laquelle ce n'est pas à la victime de supporter la charge de l'indemnisation des dommages dont elle n'est pas responsable : voy. en ce sens A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 272 ; C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, *op. cit.*, pp. 208 et 288 et ss.

²²³³ Alors que l'argument relatif à la qualité de l'indemnisation par l'assurance directe pourra faire l'objet de relativisation *infra*, il s'agit ici de relativiser principalement l'argument relatif à l'économie du mécanisme voulant que le taux de prime étant inversement proportionnel au nombre des assurés, la charge de réparation serait mieux répartie. D'abord, pour que l'assurance directe soit plus économique, il faudrait d'abord qu'elle soit obligatoire et accessible à tous. Or, il y a — nous y reviendrons également *infra* — un lien certain entre les taux de sinistralité et les conditions de vie, si bien que ceux qui sont les plus exposés au risque sont souvent ceux qui devraient payer le plus cher en prime. De plus, ceux qui souscrivent une assurance directe le font bien souvent pour parer un risque qu'ils savent ne pas pouvoir assumer. Il en ressort que la mutualité constituée — certes par les plus riches — s'en retrouve néanmoins à supporter des risques importants. Dès lors, sauf à rendre l'assurance directe obligatoire, il en résulte que le manque de mutualité entraverait la répartition élargie du risque. Ensuite, d'aucuns ont montré que c'est l'internalisation des coûts de risque qui constituaient sur ce point la méthode la plus efficace. Enfin, et surtout, les partisans de l'assurance directe ont bien souvent envisagé sa combinaison avec une assurance de responsabilité, ce qui conduit en réalité à un surcoût général de l'assurance : voy. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 99-100 ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, pp. 65-66, 119 ; C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, *op. cit.*, pp. 204-205, 212 ; C. LARROUMET, *Réflexions sur la responsabilité civile, Évolution et problèmes en droit comparé*, *op. cit.*, p. 56.

²²³⁴ Voy. M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, p. 217 et F. GÉNY, « Risques et responsabilité », *RTD Civ*, 1902, p. 817 qui annonçait déjà : « on peut imaginer un idéal social qui, sans prétendre arrêter les coups du sort ou défier les décrets de la providence viserait à découvrir dans la nature des choses, mises par Dieu à notre disposition, les moyens de répartir entre tous, sous la forme d'une mutualité savamment organisée, les risques qui menacent incessamment chacun de nous pris comme individu. Toutefois, on aperçoit aisément l'utopie et le danger d'un système qui [...] quelque avisée qu'en put être l'application, ne manquerait pas de diminuer les qualités d'initiatives, de diligence, de prévoyance, qui sont parmi les conditions essentielles du progrès de l'humanité ». Nous soulignons.

²²³⁵ On peut ainsi renvoyer à la note ci-dessus sur l'efficacité de l'internalisation des risques qui supposent alors de faire peser la charge de l'assurance sur ceux qui créent les risques.

l'impact de l'assurance directe sur la fonction préventive de la responsabilité, son incidence négative doit être admise sans souffrir plus de discussion. Cela se confirme d'autant plus lorsqu'il appert que l'assurance directe ne permettrait même pas à la responsabilité civile de déployer sa fonction préventive dans le cadre d'une action subrogatoire, et qu'elle constitue même un frein à son évolution.

b. Une logique extrinsèque obstruant toute fonction préventive

542. Une limitation affectant le fondement de l'action subrogatoire. En raison de son application circonscrite à des situations sans responsable ou de son caractère purement facultatif et forfaitaire, l'assurance directe ne proposait initialement pas l'hypothèse d'une action subrogatoire. Le danger était prégnant d'y voir un bénéfice indu pour l'assureur puisque tiré de la prévoyance de la victime. En raison de l'extension des cas de responsabilité, des coûts susceptibles d'en résulter et du développement des modifications des prestations de l'assurance directe, la subrogation s'est finalement imposée en ce domaine comme étant le seul mécanisme qui permette de remettre en ordre la situation. Il ne fallait effectivement pas laisser profiter le responsable de « la chance » d'avoir « provoqué un dommage assuré par sa victime »²²³⁶. Il faut pourtant se garder d'y voir quelque confortation d'une dimension préventive de la responsabilité ou un quelconque « antidote à l'irresponsabilité »²²³⁷. Nonobstant les imperfections affectant l'exercice de ces recours²²³⁸, ces derniers subissent en effet les limites irréductibles de la responsabilité. Dans l'hypothèse où l'assurance directe servirait l'indemnisation des victimes de dommages nucléaires de fusion, la mise en œuvre de ces recours supposerait en effet qu'il existe une règle susceptible de le fonder : *quod erat demonstrandum* une règle de responsabilité du fait des activités à risque.

543. Une limitation affectant l'évolution de la responsabilité civile. Le problème est que la promotion de l'assurance directe par la doctrine a pour finalité de freiner le mouvement d'objectivisation de la responsabilité. Elle s'est donc accompagnée de proposition visant à limiter les recours subrogatoires à l'existence d'une faute²²³⁹. Or, la réalisation d'un risque technologique à l'instar du risque nucléaire de fusion peut ne pas résulter de la commission d'une faute. En toute hypothèse, une telle preuve s'avèrerait de toute façon ardue à rapporter. Parce que l'on sait désormais

²²³⁶ G. DURRY, « Les grandes catégories d'assurance » in *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, p. 527. Voy. sur cette évolution C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., pp. 237 et ss ; Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., pp. 460 et ss et concernant spécifiquement le cas plus délicat des assurances de personnes Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 322 et ss, pp. 492 et ss.

²²³⁷ H. ARBOUSSET, « L'action subrogatoire du FIVA : un "antidote à l'irresponsabilité" de toute personne juridique ? », *D.*, 2007, pp. 1643-1647 empruntant la formule à R. FRAISSE, « Le législateur et les juges en matière de responsabilité duo ou duel ? », *AJDA*, 2005, p. 2221.

²²³⁸ L'effectivité de l'action subrogatoire se trouverait en effet déjà menacée par la limitation de la subrogation au montant de l'indemnité allouée à la victime et par l'existence des conventions entre assureurs : voy. C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., pp. 245 et ss ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., pp. 224 et ss.

²²³⁹ Voy. en faveur de ces solutions F. CHABAS, « L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité civile », op. cit., p. 83 ; L. MAYAUX, « L'assureur de responsabilité est-il un garant ? » in *Mélanges en l'honneur d'Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Denis-Clair LAMBERT*, Paris, Dalloz, 2002, p. 281 ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., p. 160 ou encore D. KESSLER, « Assurance française », n° 651, 1^{er} au 15 mai 1992, p. 461 considérant ainsi qu'avec la généralisation de l'assurance directe « l'assurance de responsabilité n'interviendrait qu'en cas de faute ». Pour une position plus nuancée voy. M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité* op. cit., pp. 285 et ss ; P. PIERRE, *Vers un droit des accidents : contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, op. cit., pp. 391 et ss ; C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., pp. 242-245. On pourra d'ailleurs rapprocher ces propositions avec les avantages que certains attribuent à un tel cantonnement dans le cadre des fonds d'indemnisation : M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation de dommages corporels », *LPA*, n° 8, 2005, pp. 3-18, sp. §§ 9, 37 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 388-391 ; A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 270 et ss.

que la responsabilité pour faute ne présente pas un effet préventif suffisant, redonner à la faute la primauté qui la caractérisait ne devrait pas être considérée comme un progrès ici. Si d'aucuns y voient la possibilité de laisser « une place à l'erreur »²²⁴⁰, nous y voyons justement une erreur qui n'a pas sa place dans la poursuite d'activités à risque. En témoigne l'accident de Tchernobyl, ce sont les erreurs humaines qui conduisent aux plus grandes catastrophes²²⁴¹. Davantage, l'assurance directe apparaîtrait même comme vecteur d'une régression certaine du droit de la responsabilité. Sans assurance directe généralisée, la responsabilité a dû se modifier pour faire face aux évolutions sociales. Sa généralisation constituerait donc *de facto* le motif d'un renoncement à la recherche d'un droit plus performant et irait à l'encontre de toute une évolution jurisprudentielle, législative et doctrinale. Ces évolutions ne sont certainement pas exemptes de toute critique, mais elles ont néanmoins participé à renforcer le devoir de prévention de ceux qui peuvent mettre en danger les autres, et ce quand bien même ces autres en tireraient un quelconque profit. À cet égard, l'exemple de la loi du 30 juillet 2003 ne peut encore qu'en constituer un exemple idoine. Certes, cette loi a renforcé les obligations de prévention des exploitants d'installations classées et les a astreints à évaluer le coût de la réparation des dommages susceptibles d'être causés aux fins d'assoir l'exercice de recours subrogatoires²²⁴². Mais en rendant obligatoire la seule indemnisation directe des dommages matériels, le législateur a ouvert la voie à la généralisation du mécanisme²²⁴³. Il a ainsi renoncé à tout l'apport préventif que représenterait une règle de responsabilité du fait des activités à risque et a relégué cet objectif au respect des mesures de prévention *stricto sensu* ou à la crainte d'une condamnation pénale. Outre la certitude de son absence *intrinsèque* de dimension préventive, la généralisation de l'assurance directe pourrait donc constituer un frein extrinsèque à la dimension préventive de la responsabilité civile *même sans faute* et à son déploiement dans le cadre de dommages causés par des activités à risque, telles que les activités de fusion.

Cela étant, il nous faut préciser que ces propos ne servent que l'objectif poursuivi présentement. Le mécanisme n'est pas totalement dénué d'intérêt et qu'il peut constituer un relai solide pour l'indemnisation des victimes. De la même manière, la question d'une mise en valeur de la faute n'est pas dénuée de tout fondement. Ce sera cependant là l'objet de développements ultérieurs. En restant concentré sur la dimension préventive d'une règle de responsabilité *même sans faute*, il s'agit désormais

²²⁴⁰ M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation », *op. cit.*, § 9 relevant justement cet apport dans le cadre du cantonnement opéré par les fonds d'indemnisation comme évoqué à la note ci-dessus. Dans le même sens voy. F. EWALD, *L'État Providence*, *op. cit.*, p. 442 ou encore A. TUNC, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 114 et 115 pour qui l'erreur devait, au demeurant, s'apprécier comme le lot de l'activité humaine, les méprises, les inadvertances, les relâchements d'attention ou les réactions malheureuses.

²²⁴¹ Sur les conséquences de la place laissée à l'erreur en ce qui concerne une éventuelle dérive vindicative, voy. *infra* § 2.

²²⁴² Voy. en ce sens CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, *op. cit.*, p. 258 rappelant que « les principes classiques en matière de responsabilité civile, selon lesquels la charge de la réparation incombe *in fine* au responsable du sinistre trouvent à s'appliquer » et renvoyant par là à la protection constitutionnelle de la responsabilité pour faute comme il le sera vu *infra* § 2. Pour comparaison sur la pratique en matière de catastrophe naturelle voy. C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, *op. cit.*, p. 216.

²²⁴³ On rappellera en effet que la loi limite l'indemnisation obligatoire par les assureurs aux seuls dommages matériels. Or, il pourrait ainsi en résulter un effet insidieux d'inciter les victimes potentielles à souscrire une assurance directe pour se prémunir contre d'éventuels dommages corporels. Aussi, pour Mathieu ROBINEAU, « les assureurs sont d'un côté obligé d'indemniser les dommages, tandis que de l'autre, ils bénéficient de l'apport d'une nouvelle clientèle, qui ne serait pas assurée si son attention n'avait pas été attirée sur l'absence de prise en charge des dommages corporels par l'assurance ou un fonds de garantie. Ce phénomène d'incitation trouve de nombreuses autres manifestations dont on peut se demander s'il ne s'agit pas des prémices d'une obligation élargie de se couvrir contre les conséquences des accidents » : voy. M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, p. 275 et rapprochez avec Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 861 et C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, *op. cit.*, pp. 143 et ss.

d'envisager une autre option susceptible de concurrencer une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion : l'établissement d'un fonds d'indemnisation.

2. L'insuffisance du recours à un fonds d'indemnisation

544. La négation *de lege lata* de toute fonction préventive des fonds d'indemnisation. L'absence de dimension préventive *per se* des fonds d'indemnisation devrait être aisée à démontrer. Défini comme « des organismes tenus de verser à des personnes ayant subi un dommage dans un contexte particulier, des prestations à caractère indemnitaire, peu importe qu'un fait générateur de responsabilité soit ou non réalisé en la personne d'un tiers »²²⁴⁴, les indicateurs de leur faiblesse sur le terrain de la prévention rejoignent *grosso modo* ceux ayant été identifiés quelques lignes plus haut. Là où la responsabilité assurée suppose en principe un mécanisme en deux temps (l'imputation du fait dommageable à un responsable et la dilution éventuelle de cette dette de responsabilité au sein d'une collectivité d'assurée), les fonds d'indemnisation se passent du détour par la responsabilité. Ils opèrent directement le transfert du coût de l'indemnisation à une collectivité déterminée²²⁴⁵. L'identité de cette collectivité est cependant susceptible de différer de celle de l'assurance directe. Pour cela, elle justifie que l'on s'intéresse plus en détail à la potentialité préventive de ce mécanisme, mais dans une approche nécessairement prospective. À la différence de son homologue, l'étude de la dimension préventive des fonds d'indemnisation *de lege lata* est effectivement de peu d'intérêt. D'abord, une telle étude impliquerait une redondance compte tenu de ce qui vient d'être évoqué²²⁴⁶ ou des écrits existants²²⁴⁷. Ensuite, et d'autant plus depuis la suppression de la compétence du FGAO en matière d'accidents technologiques²²⁴⁸, il n'est actuellement aucun fonds permettant de réceptionner les dommages résultant de la poursuite d'activités à risque nouvelles comme cela est le cas des activités de fusion nucléaire. À tout le moins, il existe un « système hétéroclite de dispositifs spéciaux où les victimes se perdent aisément »²²⁴⁹.

545. Plan. Apprécier dûment la mesure dans laquelle le mécanisme des fonds pourrait concurrencer la règle responsabilité *même sans faute même assurée* sur le terrain de la prévention commande donc d'envisager l'existence d'un fonds destiné à s'y substituer (a.). À cette seule condition, il sera possible

²²⁴⁴ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité civile et les fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 9 et dans le même sens A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 27.

²²⁴⁵ Voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité civile et les fonds d'indemnisation*, op. cit., sp. p. 239.

²²⁴⁶ Les remarques que l'on pourrait ici formuler toucheraient en effet de trop près celles déjà formulées à l'endroit de l'assurance directe.

²²⁴⁷ Le constat y est relativement partagé en doctrine, notamment eu égard au principe même qui y domine l'indemnisation sans imputation, mais également eu égard à la (trop) faible pratique des actions récursoires par les fonds d'indemnisation : voy. notamment J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité civile et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 359 et ss, pp. 373-379 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 244 ; A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 31-32, 274 ; M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité à l'épreuve des fonds d'indemnisation de dommages corporels », op. cit., sp. § 47 ; A. D'HAUTEVILLE (dir.), *La réparation du dommage, Bilan de l'activité des fonds d'indemnisation*, Mission Recherche Droit et Justice, 2009, p. 71 ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 217-218.

²²⁴⁸ On rappellera en effet que l'article L421-16 du *Code des assurances* disposant de la compétence du FGAO pour l'indemnisation des dommages matériels non assurés en cas de catastrophe technologique a été supprimé par la *Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, op. cit., art. 208.

²²⁴⁹ C. RADÉ, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, p. 2252 et dans le même sens T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique, À la recherche de la responsabilité sans fait*, Paris, LGDJ, 2014, p. 19 pour qui « le succès croissant des fonds n'a d'égal que son manque de lisibilité ». Sur cette difficulté voy. plus généralement J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité civile et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 19 et ss.

d'en évaluer la véritable dimension préventive et de conclure sur la prédominance d'une règle de responsabilité dans ce domaine (b.).

a. *L'hypothèse d'un fonds d'indemnisation des victimes d'activités à risque*

546. Un fond prospectif et spécifique. Disons-le tout de go, l'hypothèse ne correspond ici pas à celle d'un *pool* d'exploitants destiné à maximiser la capacité financière d'un secteur technologique tel qu'envisagé lors de l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire²²⁵⁰. La proposition a pour finalité de s'inscrire en conformité avec l'idée de ceux qui appellent au dépassement de la responsabilité par la consécration d'un « concept de réparation pure »²²⁵¹ marquant une scission radicale entre la première et l'indemnisation²²⁵² ; cela afin de « rétablir la responsabilité subjective dans sa pureté »²²⁵³ et ainsi marquer une « contre-offensive de la culpabilité »²²⁵⁴. Elle s'inscrit cependant à contre-courant de l'idée de ceux ayant formalisé ce souhait dans la création d'un mécanisme d'indemnisation unique et dédié à la réparation des dommages corporels, quelle que soit leur cause²²⁵⁵. Le choix de la spécificité se trouve ici justifié par la fonction que l'on cherche à promouvoir. Nonobstant les critiques régulièrement formulées à l'encontre d'un émiettement des fonds d'indemnisation, cette diversité constitue un atout lorsqu'il apparaît que « la pluralité des conditions d'indemnisation et des règles de financement des fonds ne relève pas du hasard, mais traduit un raisonnement qui tient compte du type de dommage et du contexte dans lequel il est survenu »²²⁵⁶. Selon les modalités de son financement, il serait ainsi envisageable qu'un fonds d'indemnisation des victimes d'activités à risque, incluant les activités de fusion nucléaire, puisse éventuellement rivaliser une règle de responsabilité. Il faudrait toutefois que l'on admette sans discussion que ce fonds serait nécessairement « prospectif »²²⁵⁷.

547. Un fonds alimenté par les exploitants d'activités à risque. Rappelons, en effet, que le mécanisme central des fonds d'indemnisation répond à celui de l'indemnisation sociale : il repose sur la prise en

²²⁵⁰ Sur l'hypothèse d'un *pool* d'exploitants nucléaires voy. *supra* Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 1, A, 2, a.

²²⁵¹ M-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, p. 80.

²²⁵² Voy. notamment P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2021, pp. 21 et ss ; G. VINEY, « L'avenir des régimes d'indemnisation sans égards à la responsabilité », *op. cit.*, pp. 291-301 ou encore, tel que défendu par des auteurs étrangers, C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « Propositions de suppression de la responsabilité au profit d'une socialisation des risques par d'autres moyens », *Gaz Pal.*, n° 218, pp. 25-28. Rapprochez avec

²²⁵³ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 106.

²²⁵⁴ Voy. Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile, déclin ou renaissance ? », *op. cit.*, pp. 40-41.

²²⁵⁵ Voy. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, pp. 100 et ss défendant de longue date l'idée d'un dommage à l'indemnisation des dommages corporels bien que faisant plutôt référence à un système de sécurité sociale automatique. Voy. encore suivant cette idée d'un droit des dommages corporels impliquant éventuellement un fond unique A. TUNC, « Évolution du concept juridique de responsabilité », *Droit et culture*, 1996, n° 31, p. 27 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 930 ; L. MELENNEC, *L'indemnisation du handicap*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997, sp. p. 165 ; F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », *op. cit.*, p. 55 ; L. LE ROY, *Indemnisation du dommage corporel et évolution de la responsabilité civile*, thèse, Nice, 2003, pp. 230 et ss ; C. RADÉ, « Responsabilité et solidarité : proposition pour une nouvelle architecture », *RCA*, 2009, n°3, dossier 5, §§ 23-24 et plus généralement sur cette question J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 460 et ss ; A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 384 et ss.

²²⁵⁶ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 468

²²⁵⁷ Un fond prospectif est un fonds destiné à prendre en charge une certaine catégorie de dommages qui ne sont pas nécessairement survenus. Il s'agit d'instruments qui ont pour fonction d'améliorer, par anticipation, la gestion de situation future. Par opposition, les fonds rétrospectifs sont chargés de gérer les suites d'un événement particulier. Sur cette typologie voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 94 et ss.

charge directe de l'indemnisation de certains dommages par une collectivité²²⁵⁸. Or si cette collectivité s'identifie bien souvent au corps social, le législateur reste néanmoins libre de déterminer la collectivité qui aura à supporter le coût du dispositif. Il peut dès lors s'agir d'un groupe d'individus préconstitué auxquels sera imposé de supporter le coût (à tout le moins²²⁵⁹) immédiat de l'indemnisation des dommages causés par les activités à risque concernées²²⁶⁰. Il pourrait donc obliger les exploitants d'activités à risque à s'acquitter de contributions destinées à alimenter ce fonds. Ces contributions pourraient se matérialiser par des versements périodiques *a priori*, mais alors sans égard aux sommes qui sont nécessaires pour indemniser les victimes potentielles (système de capitalisation). Ou bien, pour éviter une accumulation de ressources inutile ou limitée, ces contributions pourraient être demandées chaque fois qu'un fait dommageable se réalise (système de répartition)²²⁶¹. Un tel système imposant la participation financière des créateurs de risques (et les responsables *de lege ferenda* potentiels), il présenterait alors peu de différence avec une responsabilité assurée qui transforme la dette de réparation individuelle en une charge collective pesant au minimum sur les exploitants assurés. Elle présenterait encore moins de différence avec une responsabilité assortie d'une assurance obligatoire telle que le régime de responsabilité civile nucléaire. Pour Jonas KNETSCH, il y aurait effectivement une connexité entre sa mécanique et le mécanisme de l'indemnisation sociale en raison du report quasi systématique de la charge de réparation qu'il opère sur la collectivité des assurés et le peu de considération portée sur le comportement du désigné responsable : l'exploitant²²⁶². Ajoutée à cela la possibilité du fonds de garantie d'exercer un recours subrogatoire, il apparaît alors que la dimension préventive d'une règle de responsabilité *même sans faute même assurée* pourrait s'en trouver de prime abord concurrencée. Il faut pourtant se défier des apparences.

b. Les faiblesses d'un fonds d'indemnisation des victimes d'activités à risque

548. L'absence de calcul individualisé du risque. Qu'un fonds de garantie financé par des exploitants d'activités à risque présente des points de connivence avec une règle de responsabilité *même sans faute même assurée* ne doit pas dissimuler leurs différences. Outre la difficulté à en faire accepter le principe

²²⁵⁸ Sur la notion d'indemnisation sociale, voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 228 et ss ou encore F. KESSLER, « Complément ou substitution à la sécurité sociale – Essai sur l'indemnisation sociale comme technique de protection sociale », *Droit social*, 2006, p. 191 et *supra* Partie I, note n°1899.

²²⁵⁹ C'est-à-dire sans préjuger de la collectivité sur qui pourrait *in fine* se reporter le coût de l'indemnisation : voy. sur ce point J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 240-245 ; H. ARBOUSSET, « L'apparente simplicité du financement des fonds d'indemnisation » *RRJ*, 2008, pp. 1524 et ss, et plus largement Chapitre 2, Section 2, § 1.

²²⁶⁰ On pourra citer le FIPOL dont les contributions sont versées par les destinataires des produits pétroliers transportés par mer et à l'égard duquel un auteur avait d'ailleurs fait le vœu d'une rénovation pour une substitution totale de ce dernier au régime de responsabilité sans faute en vigueur et une restauration conséquente de la responsabilité pour faute : voy. K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 829 p. ou encore M. RÉMOND-GUILLOUD, « Les fonds d'indemnisation (Collectivisation du risque) » in SFDE, *Droit de l'environnement marin, Développements récents*, Paris, Economica, 1988, pp. 305-317.

²²⁶¹ Le système de capitalisation présente l'avantage de bénéficier d'une disponibilité immédiate des fonds. Le problème étant qu'il peut, comme évoqué, ne pas permettre une juste appréciation des sommes nécessaires. C'est ainsi d'ailleurs que certains fonds, ayant pris en considération ces difficultés budgétaires pour accorder des indemnités limitées, se sont trouvés soumis à la censure de la Cour de cassation : voy. Cass. civ. 2, 18 mai 2000, n° 98-14.520, *Inédit* et H. ARBOUSSET, « L'apparente simplicité du financement des fonds d'indemnisation », op. cit., p. 1521. Le système de répartition est, quant à lui, intéressant pour les accidents peu fréquents. Il est celui utilisé par le FIPOL qui opère en réalité un mixte entre répartition et capitalisation en prévoyant un système de facturation différée : voy. FIPOL, « Contributions aux FIPOL » disponible sur le site internet du Fond. Sur cette distinction voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 253-254.

²²⁶² Et dans la droite ligne de notre vision concernant l'intervention de l'État dans le régime de responsabilité civile nucléaire, l'auteur ajoute qu'il est une « prise en charge collective » que « l'intervention complémentaire de l'État ne fait que prolonger » : J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 239.

à l'égard de personnes privées²²⁶³ et son impact sur les victimes potentielles²²⁶⁴, un fonds d'indemnisation ne montrerait pas la même dimension préventive que la règle de responsabilité. Il ne s'agit pas pour s'en convaincre de s'en référer au fait qu'il soit régulièrement constaté le peu d'états ou d'efficacité des recours subrogatoires dans ce domaine²²⁶⁵ ou qu'il subsisterait toujours le manque d'une règle, autre que la faute, apte à les fonder efficacement²²⁶⁶. Il ne s'agit pas plus de se référer aux difficultés qu'impliquerait la systématisation de ces recours comparée au faible intérêt que l'on pourrait en tirer si ceux-ci ne devaient qu'être fondés sur la faute²²⁶⁷. On pourrait d'ailleurs comprendre que de tels recours soient délicats ou peu efficaces si le fonds devait reposer sur une solidarité entre les exploitants contributeurs²²⁶⁸. En revanche, l'argument qui consiste plus singulièrement à considérer que l'exercice de ces recours obligerait l'un d'eux à payer une seconde fois pour l'indemnisation du dommage – le patrimoine affecté à la réparation étant le même que celui dans lequel seraient puisées les ressources du fonds – est moins convaincant²²⁶⁹. Outre qu'il ne prend pas en compte l'influence qu'une action en responsabilité peut avoir sur la victime²²⁷⁰ mais surtout sur le responsable désigné²²⁷¹, il repose sur une qualification erronée de la contribution, laquelle ne saurait

²²⁶³ Voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 105.

²²⁶⁴ Sur les inconvénients d'un fonds d'indemnisation à l'endroit des victimes potentielles voy. *infra* § 2.

²²⁶⁵ Voy. *supra* note 2247.

²²⁶⁶ On pourra néanmoins souligner que *de lege lata* les recours subrogatoires des fonds sont déjà bien souvent limités à l'exigence d'une faute : voy. M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité à l'épreuve des fonds d'indemnisation de dommages corporels », op. cit., §§ 9, 37 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 388-391 ; A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 270 et ss ; A. D'HAUTEVILLE (dir.), *La réparation du dommage, Bilan de l'activité des fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 56-58. Il est néanmoins quelques exceptions telles que la possibilité pour le FIVA de rechercher la responsabilité *même sans faute* d'un tiers responsable ou de l'ONIAM de rechercher la responsabilité *même sans faute* des établissements sanitaires en raison de l'affaire du sang contaminé : voy. concernant le FIVA, voy. *Loi n° 2000-1257 du 23 décembre de financement de la sécurité sociale pour 2001*, art. 53, IV et C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., p. 214. Concernant l'ONIAM, voy. *Code de la santé publique*, art. L1221-14 al. 7 et P. BRUN, P. PIERRE, « La responsabilité pour les actes transfusionnels » in *Lamy Droit de la responsabilité*, Saint-Ouen, Wolters Kluwer, 2015, n° 390-29 ou encore B. DEKEISTER, « Contentieux des contaminations post-transfusionnelles par le VHC et substitution de l'assurance privée à la solidarité nationale », *RCA*, n° 10, 2014, étude 8, pp. 7-10.

²²⁶⁷ S'il est une partie de la doctrine qui plaide pour une systématisation des recours subrogatoires, la plupart admettent que cette systématisation s'opposerait certainement à certains obstacles organisationnels ou financiers auxquels il faudrait pallier : voy. not. M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité à l'épreuve des fonds d'indemnisation de dommages corporels », op. cit., § 47 ; T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, op. cit., pp. 215 et ss ; A. D'HAUTEVILLE (dir.), *La réparation du dommage, Bilan de l'activité des fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 70 ; K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, op. cit., pp. 688 et ss et J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 384 et ss ajoutant à ces difficultés le risque qu'une telle systématisation apparaissent contreproductive si elle devait freiner la coopération entre les responsables potentiels et le fonds. L'auteur fait notamment référence aux craintes formulées par le FITH (*Rapport d'activité 1993-94*, 1994, p. 35) que la multiplication des recours ne puisse faire obstacle à la transmission des informations nécessaires par les centres de transfusion des informations nécessaires à l'instruction des demandes d'indemnisation. Sur ces mêmes difficultés voy. P. BRUN, P. PIERRE (dirs), « La responsabilité pour les actes transfusionnels », op. cit., § 390-29 ; P. PIERRE, « Rapport introductif » in *La responsabilité pour faute*, *RCA*, 2003, chron. 14.

²²⁶⁸ Voy. M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation de dommages corporels », op. cit., § 47 ; A. D'HAUTEVILLE (dir.), *La réparation du dommage, Bilan de l'activité des fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 70 et J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., sp. p. 388.

²²⁶⁹ Tel était l'un des arguments appuyant la position restrictive du FITH financé par l'État. Pour le fonds, il était effectivement apparu que les recours subrogatoires contre l'État « conduiraient l'organisme à réclamer [à l'État] sous une forme détournée les crédits qu'il alloue déjà directement » : FITH, *Rapport annuel d'activité*, 1994-95, 1994, pp. 39 et ss et dans le même sens P. FRYDMAN, « Conclusion sur CE, avis 15 octobre 1993 », *RFDA*, 1994, pp. 553 et ss. Concernant cette même argumentation par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, voy. FIVA, *Quatrième rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement*, 2004-2005, p. 56.

²²⁷⁰ Voy. M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation », op. cit., § 42 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 388 et T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, op. cit., sp. p. 217 dont la proposition repose principalement sur l'association de la victime à l'exercice du recours subrogatoire, et ce notamment aux fins d'une reconnaissance de son statut comme il le sera vu *infra* § 2.

²²⁷¹ Renoncer à l'exercice du fonds subrogatoire conduit à faire de l'auteur une personne irresponsable et à l'exonérer de toute responsabilité « morale » : voy. T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, op. cit., p. 216 ; A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 280. Cet argument n'a d'ailleurs pas été accueilli par le juge en témoigne CAA Versailles, 13 mars 2007, n° 05VE01608 : « la circonstance que l'État participe au financement du fonds n'est pas de nature à priver cet établissement public de la faculté d'engager une action récursoire contre l'État lorsque celui-ci est responsable du dommage causé à une victime dont le fonds a réparé le préjudice » commenté par H. ARBOUSSET, « L'action subrogatoire du FIVA : un "antidote à l'irresponsabilité" de toute personne juridique ? », op. cit., pp. 1643-1647.

en effet « être qualifiée de pseudo-prime d'assurance de responsabilité »²²⁷². Or cela marque la réelle différence entre une responsabilité *même sans faute même assurée* et un fonds d'indemnisation.

Si l'assurance, comme le fonds d'indemnisation, implique une mutualisation, elle présente néanmoins cette particularité d'opérer un calcul statistique de la probabilité de réalisation du risque affectant la poursuite d'une activité. Les fonds d'indemnisation ne prévoient pas un tel calcul²²⁷³. Davantage, il n'existe aucune corrélation entre les contributions payées et les prestations versées aux victimes potentielles. Les exploitants d'activités à risque alimentant le fonds d'indemnisation ne cotiseraient pas pour que des bénéficiaires spécifiques en profitent en cas de réalisation dommageable du risque (*id est* les victimes potentielles de leur propre activité). Fondue dans la masse, les contributions des uns et des autres serviraient à indemniser de façon indifférenciée tous les bénéficiaires potentiels (*id est* toutes les victimes des activités exploitées par les membres de la communauté). De surcroît, en raison de la généralité de la solution recherchée, ces risques seraient susceptibles de varier selon les activités concernées. Parce que la charge diluée n'impressionne plus, les exploitants ne seraient dès lors guère plus incités à prendre des précautions, surtout ceux dont l'activité serait susceptible de présenter les conséquences les plus coûteuses, comme cela pourrait éventuellement le cas des activités de fusion nucléaire.

Certes, on pourrait à ce stade proposer qu'il soit institué un fonds pour les seules activités de fusion nucléaire, et alimenté par les seuls exploitants du nucléaire. À bien des égards, cette solution simplifierait la donne, en sus de permettre une identification plus aisée des exploitants appelés à contribuer. Nous pourrions le constater, la détermination des activités visées par le projet qui sous-tend le propos sera l'un des plus épineux²²⁷⁴. Mais outre que cela contredirait l'objectif d'unité et d'anticipation qui sous-tend notre propos, cette solution pourrait ne pas suffire. D'une part, alors que diluée la charge n'impressionne plus, un nombre et une diversité insuffisants d'exploitants nucléaires pourraient réciproquement nuire au mécanisme²²⁷⁵. D'autre part, même dans le cadre d'un fonds d'indemnisation limité aux dommages nucléaires de fusion, il resterait une dernière limite. En effet, la seule obligation faite à l'exploitant d'une activité à risque de participer au financement du fonds annihilerait l'intérêt moral marquant le rapport synallagmatique de l'assurance. Celui qui serait tenu au versement des primes n'aurait pas à faire l'effort de rechercher et de convaincre pour la couverture de son risque et celui qui serait amené à couvrir ce risque aurait moins d'intérêt à chercher à le diminuer. Il s'opérerait alors une banalisation du risque. Chacun verserait sa dîme sans y prêter plus attention, voire en considérant, « pour les plus cyniques d'entre eux, que cette aumône leur tient lieu

²²⁷² J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 388.

²²⁷³ *Ibid.*, pp. 211-212.

²²⁷⁴ Ce problème de la détermination des activités visées serait effectivement un enjeu majeur que l'on retrouvera également dans le cadre de la règle de responsabilité.

²²⁷⁵ En France, il est ainsi très peu d'exploitants nucléaires différents, ce qui ramènerait à une trop faible dilution du coût sans recours à l'assurance. Or, aux prémices du développement des activités de fusion, ce nombre pourrait encore être réduit.

de “permis de polluer” »²²⁷⁶ ou de permis de nuire²²⁷⁷. Si ce raisonnement peut particulièrement valoir pour les fonds financés selon un système de capitalisation, il ne faut pas se méprendre. Quand bien même on envisagerait un fonds d’indemnisation fondé sur un système de répartition, et quand bien même celui-ci ne serait pas plafonné²²⁷⁸, il y aurait peu de différence. Indépendamment de l’effort collectif susceptible d’en résulter pour la communauté craignant des contributions trop importantes, l’incitation ne serait que relative à l’échelle individuelle. Les taux de participation seraient de toute façon fixés en avance et ne sauraient influencer sur l’exploitant de l’activité dommageable. Le cas contraire imposerait de prévoir un lien de rattachement individuel en amont et donc, sauf à voir ce lien d’attribution dénué de toute explication juridique, à établir une règle de responsabilité : *quod erat demonstrandum*.

549. L’insuffisance de l’instauration d’un calcul individualisé du risque. Il faut toutefois noter que des voix se sont élevées contre le calcul indifférencié des contributions. Dans le cadre du FIPOL, d’aucuns ont en effet souligné que l’une des raisons pour lesquelles ce fonds n’a guère d’effet sur la responsabilisation du secteur du transport maritime d’hydrocarbure est que le montant des contributions ne varie pas selon la propension, en amont, de chacun des contributeurs à créer un risque de dommage²²⁷⁹. S’inspirant de cette idée, Jonas KNETSCH a ainsi réfléchi à la possibilité d’une transposition des techniques assurantielles étudiées *supra* au sein des fonds d’indemnisation. Plus exactement, l’idée soumise par l’auteur consistait à moduler les contributions en fonction, d’une part, de la sinistralité des activités des contributeurs et, d’autre part, de leurs efforts de prévention suivant un système *bonus-malus*²²⁸⁰. Bien que séduisante, cette proposition se heurte néanmoins à certains obstacles. Outre qu’une telle solution imposerait de déterminer strictement les activités à risque concernées²²⁸¹, la mise en place de telles opérations susciterait des difficultés logistiques²²⁸². Surtout, le système serait limité dans son aspect *malus* dès lors qu’il imposerait d’établir le lien entre un fait dommageable et un contributeur. Or lorsqu’il concerne des personnes privées, ce lien ne peut se passer d’une véritable explication²²⁸³. Ce lien ne pourrait alors que passer par la reconnaissance de sa

²²⁷⁶ Voy. K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l’épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, op. cit., p. 316 citant M. RÉMOND-GOUILLOUD, « Les fonds d’indemnisation (collectivisation du risque) », op. cit., p. 312.

²²⁷⁷ L’argument est d’ailleurs d’actualité concernant les contentieux climatiques où la doctrine a envisagé la création d’un fonds participatif, mais en craignant qu’il en résulte également « un permis de polluer » : voy. notamment F-G. TRÉBULLE, « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? », *EEL*, n° 8-9, 2018, dossier 24 et S. PORCHY-SIMON, « L’indemnisation des dommages climatiques par le droit commun de la responsabilité civile » in M. HAUTEREAU-BOUTONNET, S. PORCHY-SIMON (dirs), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2019, pp. 159 et ss.

²²⁷⁸ Il serait en effet cette évidence selon laquelle « qui dit fond, dit plafond » : M. RÉMOND-GOUILLOUD, « Les fonds d’indemnisation (collectivisation du risque) », op. cit., p. 312. Cette évidence a néanmoins été remise en cause par K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l’épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, op. cit., pp. 326, 372 et ss.

²²⁷⁹ Voy. outre sa thèse suscitée, K. LE COUVIOUR, « Responsabilité pour pollution majeure résultant du transport maritime d’hydrocarbures », *JCP G*, 2002, I, p. 189 et ss.

²²⁸⁰ Voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d’indemnisation*, op. cit., pp. 397-400.

²²⁸¹ On retrouvera ici cette difficulté qui est celle d’identifier les exploitants et les activités à risque concerné, et qui tout en constituant le cœur de cette seconde partie de notre propos en constitue également la principale difficulté : la réception par le droit des dommages causés par les activités à risque appelle une certaine souplesse afin que la solution présentée puisse évoluer au grès de l’évolution technologique.

²²⁸² L’auteur relève que les difficultés de gestion auxquelles font déjà face les fonds d’indemnisation pourraient constituer un obstacle à effectivement prendre en considération.

²²⁸³ Voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d’indemnisation*, op. cit., p. 399 pour qui l’attribution d’un sinistre au contributeur, s’il impose d’établir un lien entre celui-ci et le dommage, pourrait toutefois être plus souple que le lien d’imputation en matière de responsabilité. S’il est vrai que l’idée de responsabilité politique que l’on retrouve dans les fonds rétrospectifs pourrait l’appuyer, il nous semble que cela serait toutefois bien difficile lorsque le fonds appelle à la contribution de personnes privées et non de l’État ou de l’une de ses émanations. Cela reviendrait consacrer un avatar de responsabilité sans véritable fondement explicatif.

responsabilité. Même limitée à une simple modulation en amont fondée sur la sinistralité de l'activité de l'exploitant, cette proposition ne suffirait pas à rivaliser avec la responsabilité *même sans faute même assurée*. La redevabilité de l'exploitant dont l'activité aurait été cause de dommages demeurerait limitée par le plafond de sa contribution individuelle. Le caractère législatif de l'obligation ne permettrait pas de rivaliser avec l'assurance, privant le mécanisme de l'apport préventif que permet la « séduction » nécessaire à établir le contrat d'assurance²²⁸⁴.

En définitive, et en dépit de tous les efforts susceptibles d'être portés en ce sens, il serait de l'essence même du système des fonds d'indemnisation de renoncer à toute velléité préventive. Celle-ci ne peut ressurgir que partiellement par le biais de recours subrogatoires dont la systématisation comme la portée s'avère malgré tout incertaine, et qui serait de faible utilité dans un domaine où la faute est soit inexistante soit impossible à prouver. Alors certes, d'aucuns pourront éventuellement objecter ce raisonnement. Ils pourraient relever qu'il est fondé sur une comparaison biaisée parce que, dans le cadre de régimes de responsabilité visant les activités à risque, on est souvent allé plus loin qu'une responsabilité *même sans faute même assurée*. En limitant la responsabilité de l'exploitant à hauteur du plafond rendu disponible par l'assurance obligatoire, les rédacteurs du régime de responsabilité civile nucléaire cantonnaient également sa responsabilité aux seuls versements de ces primes rapprochant ce régime d'un mécanisme d'indemnisation sociale. Rappelant l'une des deux conditions posées par les analystes économiques du droit, il s'agit alors certainement d'un élément qui devra être pris en considération. Ce sera là cependant l'objet de développements ultérieurs.

550. Conclusion du §. Arrivés au terme de cette étude consacrée à la fonction prophylactique d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion nucléaire, on peut confirmer que la responsabilité *même sans faute* possède une dimension préventive supérieure aux mécanismes d'indemnisation. Il faut néanmoins garder en mémoire que la réalisation de cette fonction reste soumise à condition. L'exploitant désigné comme le débiteur de la dette de réparation doit être solvable et sa responsabilité doit être illimitée. Ces deux conditions ont alors justifié que l'étude de la dimension préventive de la responsabilité *même sans faute* se soit jointe à celle de la dimension préventive de la responsabilité *même sans faute même assurée*. Pourtant, l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire a fait montre du caractère possiblement contradictoire de ces deux conditions. Pour satisfaire l'exigence de solvabilité de l'exploitant d'une activité à risque majeur, il peut arriver que cette responsabilité doive être limitée dans son montant. Là se situe donc un écueil éventuel de la dimension préventive de la responsabilité *même sans faute même assurée*. Là se matérialise ainsi une première contrainte potentielle dans la recherche de la règle de responsabilité du fait des activités à risque, sur laquelle nous reviendrons *infra*²²⁸⁵. Toutefois, il s'agit, pour le moment, de se concentrer sur les apports de la règle de responsabilité et de faire temporairement fi de ses contreparties éventuelles. Pour cela, il s'agit de mesurer l'apport d'une règle de responsabilité du fait

²²⁸⁴ Sans préjudice du constat qui sera fait *infra* Chapitre 2 de l'influence de l'assurance obligatoire sur ce jeu préventif de l'assurance.

²²⁸⁵ Voy. *infra* Chapitre 2.

des activités à risque applicable aux activités de fusion à l'aune de la seconde fonction de la responsabilité, et non la moindre : sa fonction réparatrice et même, plus justement, curative.

§ 2. La fonction réparatrice d'une règle de responsabilité *même sans faute*

551. L'évidence de la fonction réparatrice de la responsabilité civile *même sans faute*. LA PALICE en aurait dit autant, la réparation constitue certainement la fonction la plus « évidente »²²⁸⁶ de la responsabilité *même sans faute*. Étant la seule dont il est fait mention à l'article 1240 du Code civil, elle serait même l'objet de toute règle de responsabilité civile. « Coïncid [ant] parfaitement »²²⁸⁷, réparation et responsabilité ne peuvent effectivement aller l'une sans l'autre, ce que la jurisprudence tend parfois à rappeler à sa manière : « le propre de la responsabilité est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »²²⁸⁸. Inexorablement, une règle de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque répond à un objectif indemnitaire. Raisonner à l'inverse relèverait d'une absurdité. Cela reviendrait à dénier toute la pertinence du présent propos fondé sur le constat d'une insuffisance *de lege lata* du droit à réceptionner les dommages causés par les activités de fusion nucléaire, et par derrière elles toutes les activités à risques oubliées par les régimes spéciaux ou encore inexistantes. Dans ce contexte, on comprendrait que le lecteur questionne l'intérêt d'une étude relative à la dimension réparatrice d'une règle de responsabilité *même sans faute*. Il faut cependant se défier des fausses évidences. Dire que la responsabilité *même sans faute* a une vocation réparatrice est un truisme : il faut se demander ce qu'elle répare et pourquoi elle le répare²²⁸⁹.

552. La réalité de la fonction réparatrice de la responsabilité *même sans faute*. Avant que les procédés modernes de socialisation du risque n'aient pris leur essor, la responsabilité civile régnait en maître dans le système légal d'indemnisation des dommages. Son utilité était évidente et personne ne la mettait en doute. En revanche, lorsque les méthodes nouvelles d'indemnisation se sont développées, la responsabilité, et particulièrement la responsabilité *même sans faute*²²⁹⁰, a perdu le monopole de sa fonction. Son hégémonie a connu un déclin sérieux. Fruit de considérations assurantielles engendrées par un contexte accidentel et fondée sur le seul pouvoir de l'État d'opérer un partage de la fatalité entre les individus, la responsabilité *même sans faute* a été de plus en plus contestée²²⁹¹. Peu éloigné des mécanismes d'indemnisation ayant pour eux le bénéfice d'épargner la recherche « d'une cause à tout dommage »²²⁹² et d'un responsable « à sacrifier »²²⁹³, le recours à ces

²²⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats, op. cit.*, p. 51.

²²⁸⁷ L. CADJET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit.*, p. 497.

²²⁸⁸ Selon la célèbre formule de la Cour de cassation empruntée à SAVATIER et reprise constamment depuis lors : voy. Cass. Civ. 2, 28 octobre 1954, *Bull. civ.* II, n° 328, p. 222 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, tome II, 2e éd., Paris, LGDJ, 1951, p. 177 ; S. CARVAL, P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., Paris, LGDJ, 2017, p. 154, note 11

²²⁸⁹ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, op. cit.*, p. 52.

²²⁹⁰ Nul n'ayant véritablement songé à remettre en cause la responsabilité fondée sur la faute, laquelle bénéficie en sus d'une protection constitutionnelle sur laquelle on reviendra ci-dessous.

²²⁹¹ Voy. notamment E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, p. 27 ou encore C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, op. cit.*, p. 287.

²²⁹² L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, op. cit.*, p. 2.

²²⁹³ L. JOSSERAND, « La responsabilité envers soi-même », *D. H.*, 1934, p. 74 ; D. SALAS, « Du déclin de la faute à la tentation du bouc émissaire », *Droit et cultures*, n° 31, 1996, pp. 7-18.

mécanismes s'est ainsi vu encouragé²²⁹⁴. Pourtant, parce que « l'idéologie de la réparation » n'a pas seulement « brouillé les frontières » de la responsabilité civile, mais qu'elle en a également « brouillé les fonctions »²²⁹⁵, l'idée selon laquelle la fonction réparatrice pourrait s'affranchir totalement de la responsabilité doit être débattue.

Fondée sur le postulat d'une détermination arbitraire du responsable *même sans faute*, la vision des choses surexposées réduit l'intérêt de la responsabilité *même sans faute* au seul résultat de la compensation financière d'un dommage. Tel n'est cependant pas le cas. Si l'on doit admettre à ce stade de l'étude que le responsable(-exploitant) doit être celui qui a la possibilité d'agir en amont sur la réalisation du risque, la recherche de la dimension réparatrice de la règle de responsabilité nous autorise — quitte à nuire à la « clarté » du droit civil²²⁹⁶ — à partir du postulat selon lequel la responsabilité *même sans faute* n'a pas à être indifférente de toute considération subjective ou de toute appréciation portée sur un comportement. Pour cela, et sans préjuger des développements visant à assoir cette dernière assertion²²⁹⁷, la réparation doit être affirmée comme étant le résultat d'une opération qui efface par « une réaction juridique *curative* les conséquences d'un fait perturbateur imputable à quelqu'un, de ce désordre qu'il a créé » et qui constitue « une injustice et menace la cohésion sociale »²²⁹⁸. Sans préjuger de l'adéquation véritable du terme *réparer*²²⁹⁹, il reste que cette définition emporte dès lors deux conséquences expliquant notre volonté de consommer le divorce entre la *réparation* résultant de la responsabilité et l'*indemnisation* résultant des mécanismes hors responsabilité.

553. Plan. La première est celle selon laquelle la règle de responsabilité, parce qu'elle implique une réaction juridique, confère un caractère pérenne à l'exigence de réparation que l'indemnisation hors responsabilité ne peut pas concurrencer (A.). La seconde est celle que la responsabilité *même sans faute* — parce qu'elle sert à rétablir l'ordre par suite du désordre créé et imputé à autrui — confère à la règle de responsabilité un effet curatif qui fait partie intégrante de la fonction réparatrice de la responsabilité. Plus qu'un simple objectif indemnitaire, la réparation permet une catharsis opportune lorsque les dommages subis ont pour cause la réalisation d'un risque présenté par une activité qui, à l'instar de l'activité de fusion nucléaire, laisse les victimes dans un état de traumatisme et/ou d'incompréhension et/ou de contestation (B.).

²²⁹⁴ Voy. notamment. E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, pp. 70 et ss, sp. p. 81 pour qui le dommage constituant, somme toute, le fondement nécessaire et suffisant de la réparation, rien ne se serait opposer foncièrement à la consécration d'un mécanisme de réparation pure. D'un point de vue philosophique, cela aurait ainsi permis de défaire toute préférence faite à la victime face à l'auteur d'un dommage, dont le comportement ne serait *a priori* « en rien contraire au Droit ». D'un point de vue technique, cela aurait permis de répartir la charge d'un risque sur une communauté élargie, rendant ainsi le fardeau de la réparation plus léger.

²²⁹⁵ L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit.*, p. 506.

²²⁹⁶ Voy. G. RIPERT in R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, 2^e éd., 1951, p. 349 considérant que « quand tous les esprits seront convaincus qu'il n'y a rien de commun entre l'idée de la responsabilité fondée sur la faute et l'idée de réparation fondée sur le risque, une grande *clarté* pénétrera le droit civil ».

²²⁹⁷ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1.

²²⁹⁸ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 14.

²²⁹⁹ Il est vrai que le terme repose en toute hypothèse sur une fiction avec laquelle il s'agit de s'accommoder et ce dès lors que la réparation au sens de la responsabilité, comme l'indemnisation, ne pourra jamais véritablement effacer le mal : *le sang versé ne retourne pas dans la plaie*. Certains dommages ne sont donc pas réparables, car aucune compensation ne saurait suffire à en faire oublier la survenance ou le souvenir : voy. sur ce point M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrat*, *op. cit.*, p. 51 et rapprochez avec les développements *infra* Chapitre 2, Section 2 relatifs au principe de réparation intégrale.

A. Le droit à réparation résultant de la responsabilité *même sans faute*

554. Le droit à réparation garanti par la responsabilité. S'il n'est pas exclusif de l'allocation d'une indemnité en compensation d'un dommage subi, le mécanisme de la responsabilité en est un bénéfice dès lors qu'il garantit théoriquement l'octroi de cette compensation. La responsabilité « oblige » certaines personnes à réparer les dommages qu'elles ont causés à autrui. Une fois instaurée, la règle de responsabilité crée donc dans le chef de la victime d'une activité à risque un droit à réparation. Cependant, celui-ci n'apparaît qu'une fois la règle instaurée. Aussi, si l'on reproche régulièrement aux mécanismes d'indemnisation, spécifiquement aux mécanismes d'indemnisation sociale, de ne dépendre que de la volonté du législateur de répondre « au cri d'alarme »²³⁰⁰ de la société civile et d'ainsi « faire une loi » de « ce qui ne se fait pas naturellement »²³⁰¹, il ne faut cependant pas se méprendre. Au moment auquel se situe notre étude — c'est-à-dire au moment où il n'existe *de lege lata* aucune règle permettant spécifiquement la réception des dommages causés par les activités de fusion nucléaire — responsabilité et régime d'indemnisation présentent peu de différence quant à la certitude de leur existence.

555. Plan. Tous deux impliquent en effet un élément de *jus novum* (1.). Si une différence doit apparaître, ce n'est qu'une fois que l'on anticipe les modalités et les conséquences de l'instauration de ces différents mécanismes, lesquelles justifient alors que la règle de responsabilité soit préférée pour le caractère pérenne, mais également pour le sentiment d'égalité qu'elle suscite²³⁰² (2.).

1. L'indifférence du droit à réparation sur l'établissement de la règle

556. La portée de l'argument tiré de la protection supra-législative de la responsabilité. Pour l'heure, argumenter sur le fait que l'instauration d'un régime d'indemnisation par législateur soit moins certaine que l'établissement d'une règle de responsabilité *même sans faute* relèverait d'une analyse biaisée. Certes, la responsabilité a pu recevoir une protection supra-législative dès lors qu'elle oblige l'État à garantir un droit d'agir en responsabilité aux fins d'obtenir réparation des dommages causés par autrui. À la différence, il n'existerait aucun droit général à l'indemnisation, traduisant sous une appellation peu conforme à la réalité, l'idée que l'État doit veiller à ce que toute victime dispose d'un moyen d'obtenir la compensation du dommage qu'elle a subi. L'intervention du législateur, quel

²³⁰⁰ M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile » in *Études offertes à Geneviève Viney*, op. cit., p. 753

²³⁰¹ F. EWALD, *L'État Providence*, op. cit., p. 365 et notamment en ce sens pour ce qui concerne la loi de 2003 motivée par l'accident survenu sur le site AZF, A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 241-242.

²³⁰² Il s'agit ici de simplement faire référence au sentiment d'égalité, car il ne saurait *a priori* y avoir d'obligation juridique de traiter les victimes ayant subi des dommages causés par des événements distincts à être traitées de façon égale. Tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité devant la loi ne saurait concerner une différence de situation, et à titre subsidiaire, l'intérêt général justifierait une rupture d'égalité. Pour un rappel récent de cette compréhension du principe d'égalité, voy. CC, décision n° 2016-745 DC, 26 janvier 2017, *JORF* n° 24, 28 janvier 2017, et sur cette question voy. V. MIKALEF-TOUDIC, « Réflexions critiques sur les systèmes spéciaux de responsabilité et d'indemnisation », *RGDA*, 2001, pp. 268-292, sp. p. 278 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 274-276 ; J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., pp. 423-426.

que soit le fondement qu'on peut lui attribuer²³⁰³ ne relève *in fine* que de sa volonté²³⁰⁴ ou même de sa « charité »²³⁰⁵. Cette charité peut simplement être influencée par sa culpabilité ou par une revendication judiciaire ou sociale forte l'incitant à combler les trous d'indemnisation²³⁰⁶. Autrement dit, il s'agit là d'une obligation d'indemnisation purement morale que le juge administratif s'est d'ailleurs déjà attaché à rappeler à l'occasion de la catastrophe du barrage de Malpasset²³⁰⁷. Penser le contraire reviendrait à consacrer une obligation de résultat à la charge de l'État d'assurer l'indemnisation de tous les dommages causés par la poursuite d'activités à risque, laquelle s'avèrerait, nous l'avons déjà évoquée, malvenue et dangereuse²³⁰⁸. Cela étant, ce constat ne doit pas conduire à conclure qu'une règle de responsabilité *même sans faute* peut davantage s'imposer dans le domaine des activités à risque.

557. Plan. Que ce soit au niveau constitutionnel (a.) ou européen (b.), la protection du droit à réparation ne paraît effectivement pas suffisante à justifier l'instauration privilégiée d'une règle de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion nucléaire.

²³⁰³ On attribue différents fondements à cette intervention de l'État, lesquels vont de la solidarité nationale à l'équité en passant par le concept plus novateur de « dommage socialement conditionné ». Sur cette question, voy. au sein d'une doctrine abondante J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative*, op. cit., pp. 261 et ss ; 406 et ss ; J-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *RDP*, 1983, p. 111 ; J. CHEVALLIER, « La résurgence du thème de la solidarité » in *La solidarité, un sentiment républicain ?* Paris, PUF, 1992, p. 111 ; M-G. AHLIDJA, *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif français*, op. cit., pp. 158 et ss ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommmages de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 212-213 ; A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 94 et ss ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 118 et ss ; T. LELEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, op. cit., p. 319 (équité) et J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 264 et ss (« dommage socialement conditionné »).

²³⁰⁴ Cette idée déjà présente chez CARRÉ DE MALBERG, « Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre » Paris, 1915 se retrouve également chez J-M. PONTIER, « L'indemnisation hors responsabilité », *AJDA*, 2010, p. 25 reconnaissant que le concept de solidarité nationale est « épuisé » et soulignant que « [b]ien qu'il soit intellectuellement dérangeant, et fort peu satisfaisant, sur le plan des principes, de l'accepter, il faut bien reconnaître que des justificatifs qui n'ont rien de juridique ni, d'ailleurs, de vraiment rationnel, interviennent dans la décision d'attribuer une indemnisation pour un préjudice déterminé ».

²³⁰⁵ Voy. T. RENOUX, *L'indemnisation publique des victimes d'attentats*, Paris, Economica, PUAM, 1988, p. 29 : « L'indemnisation du préjudice subi par une personne qui n'est pas *juridiquement* l'égal de l'auteur du dommage n'est, de la part de ce dernier, *qu'œuvre de charité* ; tout au plus sanction d'un devoir moral, non d'une obligation juridique ».

²³⁰⁶ Pour ce qui concerne une éventuelle culpabilité, on pensera notamment au régime d'indemnisation des victimes du sang contaminé ou de l'amiante qui sont apparus comme une réaction d'une responsabilité administrative fautive, un relai des carences fautive de l'administration dans la prévention de ces risques. Pour ce qui concerne une influence éventuelle du juge voy. R. FRAISSE, « Le législateur et les juges en matière de responsabilité : duo ou duel ? », *AJDA*, 2005, pp. 2215-2221 ; M-G. AHLIDJA, *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif français*, op. cit., pp. 135-138. Pour ce qui concerne l'influence d'une revendication sociale voy. M-G. AHLIDJA, *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif français*, op. cit., pp. 139-141 et surtout M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système de responsabilité*, op. cit., pp. 361 et ss relevant la possibilité d'identifier la naissance d'un droit à l'indemnisation fondée sur l'existence d'une revendication sociale forte s'inscrivant dans le prolongement de droits en vigueur et recevant une formulation juridique. Les individus disposeraient ainsi d'une créance contre l'État et ce dernier serait débiteur d'une obligation consistant à mettre en place des dispositifs permettant à la victime d'un dommage d'obtenir réparation de son dommage, et donc à combler les « trous d'indemnisations ». Cela étant, ce droit à l'indemnisation nous paraît traduire sous une appellation qui ne paraît pas conforme à la réalité, l'idée que toute victime doit disposer d'un moyen d'obtenir réparation des dommages qu'elle a subis. Or, cette idée est justement celle qui justifie le présent propos : l'idée selon laquelle tout individu doit pouvoir obtenir, *par un mécanisme de responsabilité adéquat*, la réparation de son dommage.

²³⁰⁷ À la suite de cette catastrophe, le département du Var avait invoqué le principe de la solidarité nationale tel qu'affirmé par le préambule de la Constitution de 1946 pour obtenir réparation. Le Conseil d'État s'étant abstenu de reprendre cet argument dans sa décision du 28 mai 1971, il lui avait dénié toute valeur normative. Il réitérait ainsi implicitement une jurisprudence constante selon laquelle « si, en vertu du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, alors en vigueur, la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les français devant les charges résultant des calamités nationales, le principe ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité » : voy. CE, 10 décembre 1962, *Sté indochinoise de construction électrique et mécanique*, *Rec. Lebon*, p. 616 ; CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, *Rec. Lebon*, p. 607 et sur ce point C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., p. 120 ; J. LAMARQUE, F. MODERNE, « L'affaire Malpasset devant la justice administrative », *AJDA* 1972, p. 316, 358.

²³⁰⁸ Déjà évoqué dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, cette question sera développée à la fin du présent propos et la Section lui succédant.

a. *La portée relative de la protection constitutionnelle de la responsabilité*

558. Un impératif minimal de responsabilité pour faute. Si le Conseil constitutionnel a réussi au fil d'une riche jurisprudence à élever le principe de responsabilité issu de l'article 1240 du Code civil au rang « [d'] exigence constitutionnelle » sur le fondement d'un devoir de ne pas nuire à autrui tiré de l'article 4 de la Déclaration de 1789, sa protection est restée circonscrite à l'hypothèse de cet article²³⁰⁹. Considérant *grosso modo* que seuls les auteurs *fautifs* de dommages doivent par principe répondre des conséquences de leurs actes, le juge de la loi n'a jamais obligé le législateur qu'à respecter un impératif minimal de responsabilité pour faute au titre du « principe constitutionnel de responsabilité »²³¹⁰ ; un impératif pouvant en sus fait l'objet de dérogation pour motif d'intérêt général et sous réserve de proportionnalité²³¹¹.

559. Un impératif ne commandant aucune règle de responsabilité même sans faute. Cette protection peut ainsi insidieusement renseigner sur les limites d'un remplacement de la responsabilité par un mécanisme d'indemnisation, auquel le Conseil ne s'est d'ailleurs jamais véritablement opposé si tant est que cela ne crée pas une immunité couvrant les actes particulièrement graves²³¹². Elle pourrait également renfermer une possible inconstitutionnalité d'un principe de canalisation trop rigide visant l'exonération des véritables responsables dans le cadre d'une responsabilité *même sans faute*²³¹³. Mais

²³⁰⁹ Si le Conseil avait initialement consacré la protection de la responsabilité pour faute sur le principe d'égalité devant la loi (CC, 22 octobre 1982, n° 82-144 DC, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, JORF, 23 octobre 1982, p. 3210), c'est ensuite sur l'article 4 de la déclaration de 1789 qu'il a consacré ce « devoir de ne pas nuire à autrui » (CC, 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, JORF, n° 265, 16 novembre 1999, texte n° 2) et ainsi développé ce que d'aucun ont qualifié du « droit constitutionnel de la responsabilité » : M. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations » in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Tome 1, Paris, LGDJ, 1997, p. 78. Sur ce droit constitutionnel de la responsabilité civile voy. parmi une doctrine abondante B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droit fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2015, sp. pp. 23 et ss ; « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, n° 21 ; P. BRUN, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *RCA*, n° 6, 2003, pp. 37 et ss ; G. CANIVET, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle » in *Études offertes à Geneviève Viney, op. cit.*, pp. 213-228 ; C. PÉRÈS, « L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité » in *Études offertes à Geneviève Viney, op. cit.*, pp. 805-836 ; P. DEUMIER, O. GOUT, « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, 2011, pp. 21-33 ; P. JOURDAIN, « La constitutionnalisation du droit de la responsabilité civile : le cas français », *RCA*, n° 3, 2016, étude 4, pp. 7-10.

²³¹⁰ On retrouve ainsi cette expression dans certaines de ces décisions, pour exemple CC, 16 août 2007, n° 2007-556 DC, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, JORF, n° 193, 22 août 2007, texte n° 6 ou encore CC, 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, JORF n° 148, 26 juin 2008, texte n° 3.

²³¹¹ La protection accordée par le Conseil constitutionnel à la responsabilité pour faute n'est en effet pas absolue. Sa position n'est pas toujours très claire, mais l'on pourrait la résumer en empruntant les mots de Christophe Radé considérant que ce qui apparaît contraire à la Constitution, c'est « le binôme irresponsabilité plus absence de réparation » et que « celui qui cause à autrui un dommage par sa faute doit réparation, mais que cette obligation peut s'effacer si les fautes commises sont excusables et si les droits de la victime sont par ailleurs préservés » : C. RADÉ, « "Liberté, égalité, responsabilité" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 16, 2004, pp. 111-125 ; F. CHABAS, note sous CC, 22 octobre 1982, *op. cit.*, *Gaz. Palais* 1983, p. 60 et pour une vision plus systématique de cette question S. CARVAL ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, pp. 679 et ss ; B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2015, 414 p. et du même auteur « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, vol. 21, 2018.

²³¹² Voy. CC, 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC, *Loi sur l'indemnisation des victimes de l'amiante*, JORF, n° 298, 24 décembre 2000, texte n° 2 ; CC, 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, *Vivianne L*, JORF, 12 juin 2010, texte n° 69 ; CC, 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, *Epoux L*, JORF, n° 140, 19 juin 2010, texte n° 71 et pour une vision plus systématique de cette question J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, op. cit.*, pp. 414-422.

²³¹³ Voy. CC, 18 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, op. cit.* et CC, 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC du 22 janvier 2016, *Fédération des promoteurs immobiliers*, JORF, n° 20, 24 janvier 2016, texte n° 66. La seule exigence constitutionnelle consisterait au maintien, aux côtés d'une éventuelle responsabilité pour autrui, d'une règle permettant, dans certaines circonstance (on pensera notamment à une faute grave) d'engager la responsabilité de l'auteur fautif du dommage. Cela ne serait pas ainsi pas sans rappeler au souvenir du maintien, dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, de la responsabilité du tiers ayant causé l'accident par sa la faute intentionnelle.

cette protection au seuil (trop²³¹⁴) minimal – et paradoxalement peut être trop maximal²³¹⁵ – de la responsabilité reste de toute façon de peu d'intérêt au vu de l'objectif ici poursuivi. Rien ne saurait obliger le législateur à consacrer une responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque telles les activités de fusion nucléaire, en raison notamment de l'absence d'obligation lui étant imposée de légiférer *ex nihilo*²³¹⁶.

b. La portée relative de la protection européenne de la responsabilité

560. Une protection diffuse de la responsabilité. La protection opérée par les juges de la Cour européenne des droits de l'homme de la responsabilité a été encouragée par le phénomène d'horizontalisation des droits garantis par la Convention du même nom²³¹⁷. Son contrôle étant limité au seul respect des droits garantis et aux atteintes que pourrait leur porter la survenance de certains dommages, son appréhension de la responsabilité civile apparaît comme le résultat d'un ensemble de décisions éparpillées et d'interprétations *in concreto* rendant toute systématisation délicate²³¹⁸. De plus, son appréciation reste dénuée de toute considération portée aux faits générateurs de responsabilité : « la Convention ne met pas obstacle [...] aux présomptions de fait ou de droit connu de tout système juridique »²³¹⁹. Bien que la faute ait ainsi pu être mentionnée par la Cour comme une condition

²³¹⁴ Voy. en faveur d'une protection constitutionnelle de la responsabilité *même sans faute* G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP G*, 2000, I, p. 280 pour qui « si on lit cet article 4 [de la DDHC] comme induisant une règle de responsabilité, il n'y a *a priori* aucune raison, étant donné qu'il affirme que "la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui", de limiter sa portée à la responsabilité pour faute. On devrait logiquement y voir la justification de toutes les règles de responsabilité – civile et même pénale – pour dommage causé à autrui ». L'auteur relève néanmoins que telle option présenterait un certain risque de « rigidifier » le droit de la responsabilité civile et d'empêcher, à terme, sa modification par voie législative. Pour une position similaire mais suivant des objectifs différents, voy. P. BRUN, « La Constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *op. cit.*, sp. p. 37, §§ 29-30 souhaitant une telle protection pour protéger l'institution des atteintes que lui aurait portées le juge, notamment à l'endroit de l'évolution ayant voulu que les parents soient responsables pour le fait non fautif de leur enfant : « est-il permis de rêver malgré tout que le Conseil constitutionnel ou toute autre autorité régulatrice ait un jour l'occasion et le souci de rappeler qu'au principe de toute responsabilité civile, il doit y avoir un fait incorrect, anormal, défectueux, et qu'une responsabilité sans illicéité est une obligation de réparation dépourvue de cause ? ».

²³¹⁵ Voy. B. GIRARD, *La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 69-70 qui, en écho aux craintes de Geneviève VINEY énoncée ci-dessus, voit dans les dernières décisions du Conseil constitutionnel montrant une défiance envers « la responsabilité d'une personne autre que celle par la faute de laquelle le dommage est arrivé » (CC, 22 janvier 2016, *op. cit.*) un frein possible à l'inventivité des juristes pour faire face aux situations dommageables inédites comme cela fut autrefois le cas de la théorie du risque.

²³¹⁶ Il n'existe en effet aucune obligation absolue de légiférer en droit français. Si le Conseil constitutionnel tend à sanctionner l'incompétence négative du législateur et « l'inconstitutionnalité par omission », le contrôle de constitutionnalité « n'a jamais vocation à s'appliquer *ex nihilo* – omission absolue » : J. GARCIA, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Montpellier, 2015, p. 552. Quant à la possibilité de tirer d'une quelconque exigence constitutionnelle, un renforcement du droit à réparation du fait des activités à risque, notamment par le prisme de la protection constitutionnelle de l'environnement, on pourra renvoyer à la décision CC, 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *JORF*, n° 148, 26 juin 2008, texte n° 3 dans laquelle le Conseil constitutionnel avait refusé d'utiliser la Charte de l'environnement aux fins de la consécration d'un principe constitutionnel de responsabilité pour atteinte à l'environnement dont les contours auraient été plus larges que l'exigence constitutionnelle existante. La même prudence ressortait également de la décision CC, 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC, *M. Michel Z. et autres*, *JORF*, n° 84, 9 avril 2011. Sur cette question voy. notamment B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 158 et ss et F.-G. TRÉBULLE, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et préoccupation », *RDI*, 2011, pp. 369 et ss

²³¹⁷ Rappelons que les droits de l'Homme étaient initialement conçus au bénéfice de l'individu dans sa relation avec l'État. Or, peu à peu la Cour de Strasbourg a estimé que les obligations positives incombant aux États pouvaient impliquer l'adoption de mesure visant le respect des dispositions de la Convention « jusque dans les relations des individus entre eux » : voy. CEDH, *X et Y c/Pays-Bas*, 26 mars 1985, req. n° 8978/80, § 23 et T. HOCHMANN, J. REINHARD (dir.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2018, 218 p.

²³¹⁸ Voy. toutefois B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, sp. pp. 113 et ss ; F. MARCHADIER, « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD civ*, 2009, pp. 245-267 ; O. LUCAS, « La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP G*, 2002, n° 6, doct. 11 ou encore F. LEDUC, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit français de la responsabilité civile », *LPA*, 2013, n° 17, pp. 5-11.

²³¹⁹ Voy. CEDH, *Bosoni c/France*, 7 septembre 1999, req. 34595/97, § 4.

permettant de conclure que la victime aurait dû bénéficier d'un recours en responsabilité²³²⁰, celle-ci n'a cependant jamais bénéficié d'une protection systématique²³²¹. Elle a encore moins bénéficié d'une protection exclusive. Le juge européen a également pu examiner des cas de responsabilité *même sans faute*²³²² et surtout reprocher à des États ne pas avoir prévu de telles règles de responsabilité²³²³. De nouveau, cela ne saurait toutefois être une obligation, ce qu'elle s'était d'ailleurs attachée à rappeler dans l'affaire *Mastromatteo c. Italie* en soulignant que l'article 2 (droit à la vie) de la Convention « n'impose pas aux États de prévoir une indemnité sur la base d'une responsabilité objective ». En l'espèce, l'existence d'une règle de responsabilité pour faute constituait un fondement suffisant²³²⁴. En réalité, l'essentiel du contrôle de la Cour tend à se focaliser sur l'effectivité et la prévisibilité de la règle permettant la réparation, mais tout en montrant une souplesse avantageuse. C'est ainsi qu'elle valide la formulation très générale des clauses de responsabilité sur le modèle de l'article 1240 considérant même « [qu'] une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice et de l'évolution des conceptions de la société »²³²⁵. À cette fin, le juge a ainsi pu s'intéresser aux délais de prescriptions²³²⁶, à la célérité de la procédure²³²⁷ et même, non sans critique, à la question de l'assurance²³²⁸, tout en considérant, dans le même temps les limites présentées par l'exercice d'un autre droit garanti²³²⁹. Autrement dit, dès lors qu'il existe un fondement effectif permettant d'obtenir une réparation ou indemnisation, la Cour est sur le reste relativement indulgent.

561. Une protection non exclusive de la responsabilité. Pour cela, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est d'ailleurs jamais véritablement opposée à ce que la charge de l'indemnisation soit

²³²⁰ **VOY. CEDH, STUBBINGS ET AUTRES C/ROYAUME-UNI, 22 OCTOBRE 1996**, req. n° 22083/93, § 64 ; CEDH, **VO C/FRANCE, 8 JUILLET 2004, REQ. N° 53924/00, § 94 ; CEDH, DODOV C/BULGARIE, 17 JANVIER 2008, REQ. N° 59548/00, § 94.**

²³²¹ Voy. CEDH, *Maurice c. France*, 6 octobre 2005, req. n° 11810/03, §§ 105-117 et CEDH, *Draon c/France*, 6 octobre 2005 ; req. n° 1513/03, sp. §§ 108-116 dans lequel la Cour avait validé la limitation de la responsabilité pour faute opérée par la loi du 4 mars 2002 sur la responsabilité médicale, autrement appelée dispositif anti-Perruche.

²³²² La Cour signe en effet une très large jurisprudence en matière de trouble anormal de voisinage visant bien souvent la passivité des autorités nationales face au constat de trouble anormal de voisinage, mais lesquels pourraient éventuellement être transposable au domaine de la réparation : voy. CEDH, *Powell c/Royaume-Uni*, 21 février 1990, req. n° 9310/81, §§ 50 et ss et plus généralement B. GIRARD, Responsabilité extracontractuelle et droits fondamentaux, *op. cit.*, pp. 124-126.

²³²³ Voy. CEDH, *Cordecea c/Roumanie*, 2 juin 2009, req. n° 3674/04, § 108. Il est également des cas dans lesquels la Cour impose l'existence d'un recours en responsabilité sans mentionner son fondement : voy. CEDH, *Sindico dos pilotos de aviação civil c/Portugal*, 29 janvier 2004, req. n° 38176/02, § 1 ; CEDH, *Anna Todorova c/Bulgarie*, 24 mai 2011, req. n° 23302/03, § 73.

²³²⁴ Voy. CEDH, *Mastromatteo c. Italie*, 24 octobre 2002, req. n° 37 703/97, § 95.

²³²⁵ Voy. CEDH, *Goodwin c/Royaume-Uni*, 27 mars 1996, req. n° 28957/95, § 33 et dans le même sens CEDH, *Plon c/France*, 18 mai 2004, req. n° 58148/00, § 26 où elle ajoutait que « la certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation ».

²³²⁶ Voy. CEDH, *Vo c/France*, *op. cit.*, § 93 ; CEDH, *Storck c/Allemagne*, 16 juin 2005, req. n° 61603/00, § 96 et CEDH, *Howald Moor et autres c. Suisse*, 11 mars 2014, req. n° 52067/10, n° 41072/11, § 75.

²³²⁷ Voy. CEDH, *Dodov c/Bulgarie*, *op. cit.*, § 83 ; CEDH, *Cordacea c/Roumanie*, *op. cit.*, § 88 ou encore CEDH, *Mehmet Günay et Güllü Günay c/Turquie*, 20 février 2018, req. n° 52797/08, §§ 33 et ss.

²³²⁸ Voy. CEDH, *Codarcea c/Roumanie*, *op. cit.*, § 107 dans lequel la Cour avait reproché à un État de n'avoir pas mis en place une assurance obligatoire de responsabilité. Or cette solution n'avait pas été sans emportée la critique, en témoigne notamment l'opinion dissidente du juge MYJER : « une législation de cet ordre est utile, incontestablement, et je constate avec satisfaction que les choses évoluent dans ce sens [...] ; je pense toutefois que c'est aller trop loin que d'inscrire de telles mesures sur la liste des obligations positives [...]. La Convention énonce des droits fondamentaux, et non des droits souhaitables ».

²³²⁹ Voy. CEDH, *Satilmis et autres c/Turquie*, 17 juillet 2007, §§ 57, 72 et pour une comparaison avec la décision de 1982 du Conseil constitutionnel sur le même sujet F. MARCHADIER, « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 250 ; B. GIRARD, Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux, *op. cit.*, pp. 201 et ss.

transférée d'un répondant vers une collectivité élargie au titre de la solidarité nationale²³³⁰, si tant est qu'il en résulte une indemnisation raisonnable²³³¹ et que cela ne suppose pas une restriction trop importante du droit d'accès au tribunal²³³². Il découle de tout cela que l'instauration d'une règle de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque ne paraîtrait pas constituer une exigence pour le juge européen des droits de l'homme.

562. Conclusion intermédiaire. Somme toute, ce n'est pas dans l'existence d'un droit général à réparation que doit s'opérer la justification de la règle de responsabilité. En dépit de l'intérêt porté par la Cour européenne des droits de l'homme aux activités à risque²³³³, la protection tant constitutionnelle qu'euro-péenne de la responsabilité civile n'impose pas l'instauration d'une règle de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion. Elle ne permet pas plus d'en affirmer la supériorité sur un mécanisme d'indemnisation. Il s'agira pourtant de défendre notre proposition, non pas que notre esprit

« répugn[e] naturellement à admettre que celui qui cause à autrui un dommage, sans motif légitime, n'en doive pas réparation, alors qu'il semble naturel, comme évident, que la loi puisse intervenir pour mieux protéger les victimes et étendre le champ de la responsabilité individuelle »²³³⁴.

Que la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant soit reconnue ne saurait signifier qu'elle sera pour autant dépourvue de « motif légitime », de tout « fondement rationnel » et de « toute cause »²³³⁵. Davantage, si la réparation doit être fondée sur une règle dont la souplesse lui permet de « s'adapter aux changements de situation »²³³⁶ et de « faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice et de l'évolution des conceptions de la société »²³³⁷, cette règle ne peut émaner que de la responsabilité.

2. L'influence de la règle établie sur l'effectivité d'un droit à réparation

563. La souplesse de la règle de responsabilité. Si le législateur venait à instaurer une règle de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion nucléaire, la règle obligerait le responsable désigné à réparer le(s) dommage(s) subi(s) par une ou plusieurs

²³³⁰ Voy. ComEDH, *Graham Dyer c/Royaume-Uni*, 9 octobre 1984, req. n° 10475/83, §§ 4, 9 ou encore CEDH, *Bellet c/France*, 4 décembre 1995, req. n° 23805/94, § 33 dans lequel la Cour avait ainsi souligné que « la mise en place par l'État français d'un mécanisme d'indemnisation spécifique des personnes hémophiles et transfusées atteintes du sida démontre un remarquable esprit de solidarité ». Rapprochez avec CEDH, *Saumier c. France*, 12 janvier 2017, req. n° 74734/14, §§ 51 et ss.

²³³¹ Voy. CEDH, *Maurice c. France*, op. cit., § 91 et CEDH, *Draon c. France*, op. cit., § 83.

²³³² En elle-même, que la substitution de la responsabilité par un fonds d'indemnisation entraîne une exonération de responsabilité ne heurte pas la Convention. Il faut cependant que cette exonération se concilie avec le principe de prééminence du droit et le droit de toute personne de saisir un juge en matière civile. Elle est ainsi soumise à deux conditions : le fait de ne pas présenter un caractère général et automatique et de ne pas priver les victimes de toute possibilité de faire valoir leur droit. Voy. notamment ComEDH, *Graham Dyer c/Royaume-Uni*, op. cit., § 6 ; CEDH, *Fayed c/Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, req. n° 17101/90, § 65 ; CEDH, *Osman c/Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, §§ 151-153 ; CEDH *Markovic c/Italie*, 14 décembre 2006, req. n° 1398, § 97 et F. MARCHADIER, « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., pp. 250-251 ; J. KNETSCH, *La responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., sp. pp. 417, 423.

²³³³ Voy. *infra* Section 2, § 1.

²³³⁴ C. RADÉ, « "Liberté, égalité, responsabilité" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., § 5 faisant ce constat selon lequel chaque fois qu'une loi impose une immunité, il y a une saisine du Conseil constitutionnel, alors que les cas de responsabilité même sans faute n'en provoquent nullement.

²³³⁵ En écho aux mots de P. BRUN, « La Constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », op. cit., sp. p. 37, §§ 29-30 : « est-il permis de rêver malgré tout que le Conseil constitutionnel ou toute autre autorité régulatrice ait un jour l'occasion et le souci de rappeler qu'au principe de toute responsabilité civile, il doit y avoir un fait incorrect, anormal, défectueux, et qu'une responsabilité sans illicéité est une obligation de réparation dépourvue de cause ? ».

²³³⁶ CEDH, *Goodwin c/Royaume-Uni*, op. cit., § 33.

²³³⁷ CEDH, *Plon c/France*, op. cit., § 26.

victimes et lui étant ainsi imputé(s). De cette responsabilité naitrait une créance de réparation et donc un droit à réparation dans le chef de ces dernières. Si tant est qu'elle soit bien construite, la règle présenterait ainsi l'avantage d'un champ d'application souple et évolutif lui permettant de s'adapter aux changements de situation. Elle pourrait assurer une réparation des dommages causés par la poursuite des activités de fusion nucléaire, et par derrière elles de toutes les activités à risque que la règle pourrait viser. Cette souplesse qui constitue la *ratio legi* de la règle est donc une condition *sine qua non* de sa fonction réparatrice, parce qu'elle permettrait la mise en place d'un droit pérenne à réparation. Pour s'en convaincre, il faut néanmoins, et encore une fois, mesurer cet apport à l'aune de ses alternatives. Si le législateur venait à instaurer un mécanisme d'indemnisation destiné à réceptionner les dommages résultant de la poursuite d'activités à risque, le résultat pourrait être peu différent de prime abord. En effet, bien qu'il n'existe pas de droit à l'indemnisation *ex-nihilo*, l'institution d'un mécanisme confère, en principe, à la victime concernée un droit à cette indemnisation. Toutefois, la permanence que suggère l'automatisme de la règle de responsabilité ne se retrouverait pas nécessairement dans ces mécanismes.

564. Plan. Qu'il s'agisse, en effet, d'envisager l'instauration d'un régime matérialisé par un recours à l'assurance directe (a.) ou par la création d'un fonds d'indemnisation (b.), l'indemnisation ne présentera jamais la capacité d'adaptation d'une règle de responsabilité.

a. L'insuffisance collationnée de l'assurance directe à garantir l'indemnisation

565. L'insuffisance per se de l'assurance directe à garantir l'indemnisation. Une fois encore, c'est la solution choisie en 2003 par le législateur français pour répondre à la problématique des dommages engendrés par une catastrophe technologique qui motive le présent propos et qui participe à montrer que l'assurance directe ne garantit aucun droit pérenne et égalitaire à l'indemnisation pour les victimes d'accident résultant de l'exploitation d'activité à risque. Le contrat d'assurance directe est en effet un contrat d'adhésion. Le droit à l'indemnisation que son application confère n'est que la contrepartie du prix payé par son souscripteur et il s'opère selon les modalités définies par ledit contrat. Outre que le recours à l'assurance directe est loin d'être généralisé²³³⁸, il en résulte que l'indemnisation n'est conditionnée et déterminée que par les clauses négociées et acceptées par les parties. Faisant face à un profane, l'assureur se trouve ainsi tenté de fixer, en contrepartie de la rapidité et de la simplicité de la procédure, des montants relativement peu élevés en comparaison de ce que la victime pourrait obtenir devant le juge²³³⁹. Surtout, il se trouve libre d'exclure de sa garantie les

²³³⁸ Après l'accident AZF, il avait été constaté que près de 10 % des habitations nationales n'étaient pas assurées, dont 15 % à 20 % se situait à proximité d'usine classée à risque lesquelles sont cependant et bien souvent les plus défavorisées : voy. A. VENOT, *Rapport sur le projet de loi sur la prévention des risques technologiques et naturels et la réparation des dommages*, op. cit., p. 85 ; FFSA, *Un an après la catastrophe de Toulouse, L'expérience et les propositions de la FFSA*, septembre 2002, p. 3 ; *Convention nationale pour l'indemnisation des victimes de l'explosion Grande paroisse/Groupe Total-Fina-Elf*, 31 octobre 2001. Compte tenu du fait que l'assurance habitation n'est pas obligatoire à l'égard des propriétaires mais seulement des locataires depuis 1989, le chiffre ne paraissait pas démesuré et a augmenté à la suite de l'accident, justifiant d'ailleurs que la compétence du FGAO en matière de catastrophe technologique lui soit ainsi retirée. Concernant l'indemnisation des dommages corporels tel que les contrats d'assurance sur la vie ou les garanties accidents de la vie (GAV), le constat est plus nuancé. Selon la FFSA, à la fin de l'année 2017, 32,2 millions de contrat à adhésion individuelle étaient en cours permettant de se couvrir contre les risques d'accident corporels. Seulement, parmi cet ensemble, seul 5,2 millions de contrats possédait le label GAV obligé à fournir une indemnisation adéquate aux victimes d'accident, notamment d'accidents technologiques.

²³³⁹ Voy. C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., sp. pp. 161 et ss, 197, 222 et ss ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., sp. p. 66 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Responsabilité et dommage de masse*, op. cit., pp. 275-276.

accidents nés de la réalisation de certains risques. Aujourd'hui, par exemple, seuls les contrats portant le label « GAV » couvrent les dommages corporels résultant d'un accident technologique — la question des dommages aux biens ayant été, rappelons-le, réglée par la loi du 30 juillet 2003²³⁴⁰. Pour pouvoir comparer raisonnablement la règle de responsabilité avec le mécanisme de l'assurance directe, il faudrait donc que le recours à cette dernière soit organisé au sein d'un régime légal. Il s'agirait donc, à l'instar de ce qui a été mis en place par la loi du 30 juillet 2003, d'obliger les assureurs à couvrir intégralement les dommages corporels comme ils couvrent les dommages matériels²³⁴¹. Le problème étant qu'une telle obligation ne serait pas satisfaisante. D'abord, elle pourrait faire l'objet de contestation du secteur de l'assurance²³⁴² et particulièrement à l'endroit du risque nucléaire de fusion²³⁴³. Ensuite, elle questionnerait l'éthique du droit à l'indemnisation qu'elle engendrerait. Enfin et surtout, elle ne permettrait tout simplement pas de concurrencer la souplesse d'une règle de responsabilité.

566. L'insuffisance d'un régime légal d'assurance directe à garantir une indemnisation. Le mécanisme souffrirait en effet plusieurs faiblesses. D'une part, il obligerait à prendre en considération les personnes ne souscrivant aucune assurance. On pourrait peut-être compter sur le fait que la couverture obligatoire de certains risques par les assureurs incite les individus à se couvrir davantage. Au-delà de notre prétendue « culture latine »²³⁴⁴, il ne faut pas oublier que l'assurance représente un coût et que, par expérience, les individus les plus défavorisés sont souvent ceux qui sont le plus exposés aux risques²³⁴⁵. Deux possibilités se présenteraient donc au législateur pour indemniser ces individus et ainsi éviter « une société de victimes à deux vitesses »²³⁴⁶ dans laquelle une partie restera « sans couverture par manque d'éducation ou simplement par manque de moyens »²³⁴⁷. Soit il décide de rendre obligatoire l'assurance pour les dommages corporels en partant du postulat selon lequel

²³⁴⁰ Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., p. 886 ; S. ABRANAVAL-JOLLY, « Rôle de la garantie des accidents de la vie dans la réparation du dommage corporel », *BJA*, n° 60, 2018, pp. 1-13.

²³⁴¹ Sur la réparation intégrale des dommages matériels dans le cadre de la loi du 30 juillet 2003 : voy. *Code des assurances*, art. R128-2. Une telle réparation intégrale n'est aujourd'hui pas prévue par les contrats GAV qui trouvent plusieurs limites que ce soit par le biais de franchise, de réparation forfaitaire ou de l'exclusion de certains dommages : voy. S. ABRANAVAL-JOLLY, « Rôle de la garantie des accidents de la vie dans la réparation du dommage corporel », *BJA*, n° 60, 2018, pp. 1-13 ; G. COURTIEU, « Assurance contre les accidents corporels », *JCL Responsabilité civile et assurance*, fasc. 16, 2021, sp. §§ 15, 66 ou encore Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., pp. 892-893.

²³⁴² Dans la droite ligne des limites évoquées juste ci-dessus, les assureurs ont pu s'opposer à la mise en place d'une nouvelle nomenclature visant à s'imposer dans les transactions assurantielles : voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 522 ou Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, op. cit., p. 39.

²³⁴³ L'extension des dommages indemnisables serait en effet conséquente en raison de l'aversion des assureurs pour couvrir des risques trop importants. Les effets liés à la radioactivité sont ainsi exclus des contrats socles GAV : S. ABRANAVAL-JOLLY, « Rôle de la garantie des accidents de la vie dans la réparation du dommage corporel », op. cit., p. 4.

²³⁴⁴ Voy. H. MARGEAT, « Déclin, rémanence ou renaissance de la responsabilité civile », *Risques*, n° 10, 1992, p. 32 relevant que « notre culture latine nous incite tout naturellement à compter sur l'effort d'autrui pour bénéficier des prestations confortables, à imputer au voisin la responsabilité du dommage survenu. En ce qui concerne le taux de souscription des assurances de personne [...] si notre score est médiocre, c'est parce que le fautif, c'est forcément le voisin ». Cette assertion qui rappelle la cause des défenseurs de l'action directe ne nous paraît cependant pas recevable dans le cadre de l'exploitation d'activité à risque.

²³⁴⁵ Le constat opéré après l'accident d'AZF est ainsi partagé de longue date en doctrine : voy. not. A. TUNC, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 178 ; C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., p. 201 ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système de la responsabilité*, op. cit., p. 65 ; C. LARROUMET, *Réflexion sur la responsabilité civile. Évolution des problèmes actuels en droit comparé*, op. cit., p. 56 ; L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 518-519 et confirmé par des études de santé publiques notamment S. DEGUEN, S. ZMIROU-NAVIER, « Expositions environnementales et inégalités sociales de santé », *ADSP*, n° 73, 2010, pp. 27-28.

²³⁴⁶ C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, op. cit., p. 201

²³⁴⁷ A. TUNC, « Où va la responsabilité civile aux États-Unis ? », *RIDC*, vol. 3, 1983, p. 724.

l'élargissement de la mutualité en réduise les coûts²³⁴⁸. À cette solution, se heurterait cependant l'idée selon laquelle une telle garantie relève « d'un souci individuel de sécurité personnelle qui ne semble pas devoir affecter la société »²³⁴⁹ et la possibilité d'un surcoût éventuel pour la victime²³⁵⁰. Soit le législateur s'en limite à une politique incitative et décide de prendre à charge par un mécanisme d'indemnisation sociale les personnes non couvertes comme le faisait le Fonds de garantie des assurances obligatoires en matière d'accident technologique. Il en résulterait alors un traitement indemnitaire *moralement* inégalitaire²³⁵¹, l'équité voulant, paradoxalement, que les victimes s'étant assurées puissent retirer le bénéfice de choix coûteux²³⁵². D'autre part, le mécanisme obligerait le législateur à en déclencher l'application au cas par cas. La loi du 30 juillet 2003 subordonne en effet l'indemnisation des dommages causés par un accident technologique à la déclaration par l'autorité publique d'un état de catastrophe technologique. L'objectif est simple : il permet de ne pas laisser une quelconque porte de sortie aux assureurs²³⁵³. Le problème étant que le fait dommageable que suppose la réalisation du risque nucléaire de fusion n'autorise pas, comme d'autres, une définition aussi circonscrite que celle de « l'état de catastrophe technologique ». En sus de ne se référer qu'aux biens immobiliers dans la loi en vigueur, cette notion obéit à des critères qualitatifs et quantitatifs précis : il faut que cinq cents logements soient rendus inhabitables²³⁵⁴. Même applicable aux activités de fusion nucléaire²³⁵⁵, cette loi ne pourrait donc pas garantir l'indemnisation des dommages causés par la réalisation de ce risque. En effet, un accident de fusion pourrait tout à fait survenir et causer des dommages aux personnes sans pour autant rendre cinq cents logements inhabitables. Tel pourrait, par exemple, être le cas s'il survenait en cours de transport de substances radioactives. Il n'est ainsi à pas douter qu'une définition devrait être nouvellement posée. Aussi large et englobante qu'elle puisse alors être, elle devrait néanmoins encore être soumise à la déclaration d'un état d'accident par l'autorité administrative. Or, l'émotion collective et « la souffrance à distance »²³⁵⁶ seront peut-être de nature à l'influencer dans le cadre d'un accident de grande ampleur. *Quid* néanmoins lorsque surviendra un événement de faible ampleur mais montrant des particularités justifiant que les

²³⁴⁸ S'il est vrai que cela permettrait d'élargir la mutualité des assurés, relativisant certaines des critiques exposées *supra* § 1, B, 1, a, cela pourrait cependant ne pas contrecarrer l'ensemble des arguments exposés. De plus, les personnes susceptibles d'être le plus exposées au risque pourraient se voir exposer des primes plus importantes, ce qui serait contre-productif si ces dernières sont les plus pauvres.

²³⁴⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 886.

²³⁵⁰ Il y aurait un surcoût pour la victime s'il devait pouvoir, nonobstant nos réserves, être recherché une responsabilité d'un exploitant solvable et/ou assurée. Quoique le régime de l'interdiction de cumul d'assurance ne puisse s'appliquer, car l'exploitant potentiel souscripteur d'une assurance de responsabilité ne serait pas le souscripteur de l'assurance directe, il en résulterait néanmoins une limite que la victime ne pourrait en principe avoir plus que la réparation intégrale de son dommage (ni plus ni moins). Aussi, si priorité devait être donnée à la réparation par le responsable, ou à son assureur, celle-ci pourrait avoir payer des primes pour rien, et à l'échelle supérieure il en résulterait un coût des frais et des litiges : voy. en ce sens M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, p. 119. Sur le cumul d'assurance, voy. *Code des assurances*, art. L121-4 ; Cass. civ. 1, 21 novembre 2000, n°98-11.891, *Bull. civ. I*, n° 292, p. 189 et dans le sens d'un respect du principe de réparation intégrale en cas de cumul d'assurance à caractère indemnitaire voy. Cass. civ. 2, 13 décembre 2018, n° 17-27492, *Inédit* ; Cass. civ. 2, 16 juillet 2020, n° 18-24.013.696, *Inédit*.

²³⁵¹ Voy. note *supra* note 2302

²³⁵² Rapprochez avec L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse, Université de Savoie, 2006, p. 156 pour qui ce processus d'indemnisation est « complètement étranger à la responsabilité civile » dès lors que la compétence subsidiaire du fond ne vient plus au secours de l'auteur du dommage, mais bien au secours de l'absence d'assurance de la victime. Pour un regard plus nuancé voy. L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 318 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 177.

²³⁵³ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques », *D.*, 2004, p. 19, § 11.

²³⁵⁴ Voy. Code des assurances, art. R128-1 : L'état de catastrophe technologique est constaté en cas de survenance d'un accident rendant inhabitables plus de cinq cents logements. Le préfet désigne les services en charge du recueil des informations nécessaires au constat.

²³⁵⁵ Sur l'exclusion du risque nucléaire de fusion, voy. *supra* Introduction § 23.

²³⁵⁶ L. BOLTANSKI, *La souffrance à distance. Morale humanitaire, médias et politiques*, Paris, Métailié, 1993, 288 p.

victimes puissent se prévaloir d'une indemnisation ? Au sein du régime conventionnel, la réparation des dommages de fission nucléaire n'est nullement conditionnée par l'ampleur de l'accident nucléaire²³⁵⁷. La définition de ce dernier n'y fait nullement référence²³⁵⁸. Ainsi, que l'ampleur potentiel d'un risque puisse justifier des mesures spécifiques ne signifie pas que ces mesures ne se déclenchent qu'à partir d'un certain seuil. Sans préjudice des limitations susceptibles d'être apportées à l'endroit des préjudices indemnisables, la réalisation dommageable du risque nucléaire de fusion devrait justifier une indemnisation quand bien même l'évènement ne serait pas catastrophique. Il en va de même pour les autres risques technologiques auxquels s'appliquerait le présent propos. Pour cela, il n'est et il ne sera nullement question de faire dépendre l'application de la règle de responsabilité de l'ampleur du risque réalisé. Pour cela, le mécanisme de l'assurance directe montre ses limites. En dépit des garde-fous formulés à cet endroit²³⁵⁹, il montrerait un risque de « dérive victimaire »²³⁶⁰ justifiant l'opportunité de laisser au juge impartial la compétence d'interpréter et de qualifier les faits. Autrement dit, il justifie de laisser au juge impartial d'identifier la réalité d'un fait générateur de responsabilité. C'est en cela qu'une règle de responsabilité montre plus de souplesse et garantit un droit pérenne à réparation des victimes d'activité à risque. Cela étant, rien n'exclut que l'assurance directe constitue un moyen d'indemnisation accessoire pour les victimes, ou qu'il ne puisse, en certaines circonstances particulièrement catastrophiques, être envisagé de recourir à un « droit d'exception »²³⁶¹. La conclusion pourra être peu ou prou la même à l'égard des fonds d'indemnisation, bien que ceux-ci montrent un droit à l'indemnisation plus pertinent.

b. L'ambivalence collationnée d'un fonds d'indemnisation à garantir l'indemnisation

567. L'insuffisance conjoncturelle des fonds à garantir de lege lata l'indemnisation. La garantie sociale mise en œuvre par les fonds destinés à se substituer à la responsabilité est généralement applaudie pour la qualité de l'indemnisation dont elle fait bénéficier les victimes. À l'instar de l'assurance directe, le recours à un fonds permet un règlement simple et rapide de l'indemnisation en évitant les inconvénients liés à l'établissement judiciaire d'une responsabilité. En dépit de son allure si séduisante, cette logique d'indemnisation ne parvient pas à masquer quelques fragilités. L'institution des fonds matérialise bien souvent le résultat d'un choix politique opéré sous la pression sociale expliquant ainsi le bilan d'une discipline de plus en plus émietlée. Par conséquent, il est forcé de constater que la volonté du législateur ne conditionne pas seulement l'existence d'un fonds. Elle

²³⁵⁷ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

²³⁵⁸ Voy. *Convention de Paris* (2004), art. 1.a.i ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier 1.1

²³⁵⁹ Dans le cadre de la loi du 30 juillet 2003, il paraît effectivement possible que la responsabilité de l'État puisse être engagée au titre de son pouvoir de constater l'état de catastrophe technologique. Ainsi, si le régime confère aux pouvoirs publics une marge de manœuvre importante, le juge administratif pourra contrôler l'appréciation portée par l'administration sur l'accident. Comme en matière de catastrophes naturelles, on peut s'attendre à ce que les recours soient largement accueillis par le juge « dont le contrôle étendu serait justifié par le fait que cette décision administrative conditionne la mise en œuvre du système assurantiel garantissant les catastrophes technologiques » : voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques », *op. cit.*, p. 19, § 11 faisant ainsi référence à CE, 10 février 1993, *Ets Jean Diant et Cie*, n° 91418, *Inédit au Lebon* ; TA Versailles, 29 février 1988, *Époux Fonkenel c/Ministre de l'Intérieur* ; RFDA, 1989, p. 776, conclusion X. PRÉTOT qui relevait « qu'il importe, dans ces conditions [état de catastrophe naturelle], que l'appréciation portée par l'administration, au lieu et place de l'assureur, fasse l'objet d'un contrôle étendu, propre à préserver les droits des victimes et de leurs assureurs ». Néanmoins, on doute que cela suffise à déclencher l'application du mécanisme en cas d'accident isolé.

²³⁶⁰ Pour reprendre l'expression de T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, *op. cit.*, p. 221.

²³⁶¹ Sur ce droit d'exception inspiré du droit suisse, voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommage de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 354 et ss.

influe également sur la qualité de l'indemnisation. Parce que la notion de solidarité « a, quant à l'étendue des effets dont elle est susceptible, une portée qui varie selon les causes morales ou matérielles qui la font entrer en jeu »²³⁶², le législateur a modulé les modalités de l'indemnisation au gré des situations et suivant les circonstances ayant présidé l'élaboration des mécanismes. Au principe de réparation intégrale, il a ainsi parfois préféré une indemnisation plafonnée, forfaitaire ou simplement réduite à une certaine catégorie de dommage²³⁶³. Ces mercuriales doivent cependant être accueillies ici avec une certaine réserve. D'une part, la règle de responsabilité est également appelée à matérialiser un choix politique du législateur si bien qu'elle pourrait elle-même porter ces limites. Cela ne sera d'ailleurs pas un élément à bannir²³⁶⁴. D'autre part, entrer dans le détail de ces considérations paraît somme toute peu opportun. Outre qu'il s'agit d'un thème récurrent en doctrine²³⁶⁵, il reste encore cette donnée qu'aucun fonds d'indemnisation ne permet aujourd'hui de réceptionner globalement les dommages causés par les activités de fusion nucléaire et, par derrière elles, les activités à risque.

568. Plan. Apprécier la réalité du droit à l'indemnisation d'un fond oblige donc de nouveau à envisager prospectivement la mise en place d'un fonds d'indemnisation destiné à se substituer à la règle de responsabilité (i.) ; et commande de constater que la performance d'un tel fonds sur le terrain de l'indemnisation rendrait la comparaison avec la règle de responsabilité particulièrement seyante (ii.)

i. L'établissement *lex ferenda* de conditions propres à garantir l'indemnisation

569. Les conditions relatives à la qualité de l'indemnisation. Pour garantir un droit à indemnisation concurrençant la règle de responsabilité, le fonds devrait être doté de certaines caractéristiques rappelant étrangement celles posées lors de l'étude de la fonction préventive. D'emblée, ce fonds ne devrait pas être un fonds rétrospectif, c'est-à-dire intervenant à la suite d'un évènement particulier – *id.* un évènement dommageable de fusion nucléaire – afin d'organiser l'indemnisation de victimes. Pour le coup, il rendrait véritablement les victimes tributaires d'une volonté du législateur qui devrait être renouvelée à chaque évènement. Il faudrait donc que l'évènement ait suffisamment attiré son attention et/ou que l'État ait été de près ou de loin impliqué dans sa réalisation²³⁶⁶. Assurément, on pourrait douter du fait qu'un évènement nucléaire de fusion échappe aux autorités compétentes. Mais parce que l'exploitation de l'énergie nucléaire de fission a pu faire montre du contraire, on ne pourrait

²³⁶² CARRÉ DE MALBERG, *Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes de guerre*, op. cit., p. 19

²³⁶³ Voy. pour un exposé des différentes méthodes d'indemnisation J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 345 et ss ou encore A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds*, op. cit., p. 187 et ss.

²³⁶⁴ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 2.

²³⁶⁵ Voy. notamment Y. LAMBERT-FAIVRE, « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation » in *Responsabilité et assurance, Mélanges Roger O. Dalq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 349-363 ; O. GOUT, « La diversité des systèmes d'indemnisation », *RLDC*, n° 10, 2004, pp. 55 et ss ; V. MIKALEF-TOUDIC, « Réflexions critiques sur les systèmes spéciaux de responsabilité et d'indemnisation », op. cit., pp. 268-289 ; A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 180 et ss ; M. DENIMAL, *La réparation intégrale du préjudice corporel : réalités et perspectives*, thèse, Université Lille 2, 2016, pp. 232 et ss ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 240 et ss ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 160-164 et plus généralement J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., sp. p. 330 et ss, 425 et ss.

²³⁶⁶ Les fonds rétrospectifs répondent bien souvent à des situations dans lesquelles l'État avait été impliqué dans la survenance de l'évènement, expliquant qu'il ait souvent été contributeurs de ce fonds : J. KNETSCH, *La responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 96 et ss.

affirmer le contraire²³⁶⁷. Plus encore, compte tenu du fait que la règle de responsabilité recherchée a pour vocation de s'étendre au-delà des activités de fusion nucléaire, il est certain qu'il est des risques en puissance bien moins surveillés que le risque nucléaire. Dès lors, s'il ne devait pas résulter une inégalité *stricto sensu* d'une telle situation, il en résulterait néanmoins une précarité regrettable²³⁶⁸. Le fonds inévitablement prospectif devrait ensuite revêtir plusieurs particularités. Il devrait ainsi proposer une qualité d'indemnisation comparable à celle d'une règle de la responsabilité. En principe, cette affirmation suppose le respect du principe de réparation intégrale. On se gardera pourtant, comme énoncé quelques lignes plus haut, de le prescrire fermement à ce stade. Comme la « commisération du législateur »²³⁶⁹ présente des limites, le système de la responsabilité subit également des impératifs budgétaires²³⁷⁰. Surtout, le constat est relativement partagé que, nonobstant un respect du principe de réparation intégrale, la qualité de l'indemnisation par les fonds souffre davantage d'une imperfection des garanties institutionnelles l'accompagnant²³⁷¹. L'idée est ainsi plus généralement soutenue d'une indemnisation accompagnée de certaines garanties procédurales. Les décisionnaires de l'indemnisation devraient donc présenter une certaine impartialité et une certaine indépendance afin que la victime bénéficie de la même qualité d'indemnisation que lors d'un recours en responsabilité²³⁷². La victime devrait également être en mesure de bénéficier de certaines garanties procédurales, notamment le principe d'égalité des armes, le principe de célérité ou encore le principe de publicité de la procédure, sans oublier le droit de contestation de l'indemnisation octroyée²³⁷³. Si l'appel au respect de ces conditions s'avère en tout état de cause souhaitable, il est singulièrement rendu nécessaire par l'objet de notre propos, amenant l'examen de la principale condition de son effectivité : celle relative au champ d'application du régime.

570. La condition relative au champ d'intervention du fonds. Dès lors qu'il doit conserver l'idée de garantir l'indemnisation des dommages causés par la survenance d'un événement dommageable résultant de la poursuite d'une activité à risque au-delà des seules activités de fusion nucléaire, le fait ouvrant droit à l'indemnisation doit constituer une véritable catégorie juridique insusceptible de varier selon les envies ponctuelles du législateur. Pour cela, il est de deux choses l'une. Soit le

²³⁶⁷ Voy. Partie I, note n°1287 et 1288 concernant notamment l'affaire *McMunn, et al. v. Babcock & Wilcox Power Generation Group, Inc., et al.*, n° 15-3506 (3 rd. Cir. 2017).

²³⁶⁸ L'idée est en effet prégnante que « l'habitude prise par législateur de créer un fonds à chaque fois qu'un type de victimes intéresse les médias produit des discriminations paradoxales : en facilitant l'indemnisation intégrale de certaines victimes, les autres sont encore plus victimes, puisqu'elles sont des laissées pour compte du contrat social » : voy. A. SCHNEIDER, « Amiante : à propos du fonds d'indemnisation des victimes », *JAC*, n° 12, mars 2001. Pourtant, la pierre angulaire du contrat social est la règle selon laquelle chacun doit réparer ces torts, ce qui est l'idée de la responsabilité. L'indemnisation n'est encore, rappelons-le, qu'un « acte de charité » : voy. dans le même sens J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, op. cit., p. 425 et les développements *supra* note 2302.

²³⁶⁹ G. COURTIEU, « L'indemnisation des accidents médicaux : des lois perverses », *RCA*, 2003, chron. 6, § 3.

²³⁷⁰ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 2.

²³⁷¹ Outre les développements *infra* B, voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 249 et ss et J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 312 et ss.

²³⁷² Voy. pour exemple la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions qui est majoritairement composée de magistrats et dont la fonction est d'instruire les demandes en indemnisation par le FGTI : *Code de procédure pénale*, art. 706-4 et comparez avec les critiques formulées à l'encontre des Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation chargées de statuer sur l'indemnisation en matière d'accidents médicaux : *Code de la santé publique*, art. L1142-6 ; G. COURTIEU, « L'indemnisation des accidents médicaux : des lois perverses », *RCA*, n° 3, 2003, chron. 6, §§ 10-12 ; S. HOCQUET-BERG, « La solidarité nationale réduite à peau de chagrin », *RCA*, n° 2, 2015, étude 2, sp. § 10 et rapprochez cette comparaison avec C. RADÉ, « Responsabilité et solidarité : proposition pour une nouvelle architecture », *RCA*, 2009, dossier 5, sp. §§ 23-24.

²³⁷³ Voy. C. RADÉ, « Responsabilité et solidarité : proposition pour une nouvelle architecture », op. cit., sp. §§ 23-24 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 258-260 et J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 318 et ss.

législateur instituant un tel fonds détermine précisément ce que constitue un « accident » résultant d'une activité à risque en établissant au préalable une liste des activités concernées, voire une liste de dommages « types » selon le risque « caractérisant » ces dernières²³⁷⁴. Il en résulterait assurément une facilité d'indemnisation pour les victimes (n')ayant ainsi (qu')à démontrer devant le fonds la réalité de l'évènement dommageable et la réalité de leur dommage, ainsi que l'existence d'un lien de causalité entre les deux. Dans certains cas, et à l'image du régime d'indemnisation pour les essais nucléaires, elle pourrait même profiter d'une présomption de causalité²³⁷⁵. Le problème est que cette « catégorisation »²³⁷⁶ destinée à faciliter l'indemnisation des victimes présenterait la faiblesse d'un mécanisme peu susceptible de s'adapter promptement. Si ce n'est pas les activités de fusion nucléaire qui seront oubliées, il y en aura d'autres, et ainsi de suite. Certes, cette difficulté n'est pas propre aux fonds d'indemnisation, et cette catégorisation de ce qui est un risque et ce qui ne l'est pas se posera avec la même vigueur dans le cadre de la règle de responsabilité²³⁷⁷. Elle est cependant plus prégnante dans le cadre de l'indemnisation sociale. Sans actualisation régulière, cette situation susciterait plus facilement un sentiment de discrimination dangereux pouvant être source de dérives victimaires. Soit le législateur ne définit pas strictement cette catégorie juridique, laissant aux autorités chargées de l'instruction, la compétence de procéder à la qualification des faits. Le cas échéant, puisqu'il a été fait état de l'importance de garantir l'impartialité, l'indépendance et le respect de certains droits procéduraux, on ne verrait dès lors quasiment plus la différence de ce mécanisme avec celui d'une règle de responsabilité²³⁷⁸.

ii. Le rapprochement conséquent du fonds avec une règle de responsabilité

571. L'imputation comme critère principal de distinction. Quelle que soit la pertinence des critiques adressées *de lege lata* à l'encontre des fonds d'indemnisation, le respect partiel des garanties procédurales par les fonds d'indemnisation s'explique bien souvent par la simplification de l'examen de la demande de la victime qu'ils commandent, et ainsi la réduction d'une analyse proprement juridique²³⁷⁹. Si l'on suit la seconde proposition formulée ci-devant, l'examen porté à la situation de la victime serait donc inexorablement approfondi et se distinguerait *in fine* que trop peu de celui d'un juge établissant une responsabilité. La victime devrait apporter la preuve du dommage ainsi que du lien de causalité qui l'unit avec la réalisation du risque présenté par une activité qu'il lui faudra défendre comme étant une activité à risque. La seule différence résiderait ainsi dans le fait que la victime n'aurait pas à rechercher la personne à qui imputer la réalisation dudit risque et qui sera ainsi obligé de réparer le dommage en résultant. Or à partir du moment où la règle de responsabilité devrait

²³⁷⁴ Sur cette référence au risque typique ou caractéristique : voy. *infra* Chapitre 2, Section 2 et Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²³⁷⁵ Voy. *supra* Partie I, note 1299 et sur les autres fonds M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation », *op. cit.*, §§13 et ss ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 118, 121 ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, *op. cit.*, sp p. 153 et ss.

²³⁷⁶ Sur cette logique de catégorisation voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 116 et ss, sp. p. 119.

²³⁷⁷ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 1 et Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²³⁷⁸ On pourra par ailleurs rapprocher les lacunes de cette proposition avec les difficultés d'interprétation qui ont pu naître dans le cadre l'indemnisation des accidents médicaux non fautifs : S. HOCQUET-BERG, « La solidarité nationale réduite à peau de chagrin », *op. cit.* ou encore L. BLOCH, « Un nouveau départ pour l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux non fautifs par l'ONIAM ? », *RCA*, n° 1, 2021, étude 1.

²³⁷⁹ Voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 318.

permettre une désignation relativement aisée du responsable *même sans faute*, les avantages que confère le fonds se réduisent. Ils ne constitueraient plus que le siège de deux arguments.

572. L'imputation comme critère déterminant de la fonction réparatrice. En premier lieu, l'absence de fondement explicatif généralement attribuée aux règles de responsabilité *même sans faute* pourrait justifier que l'on préfère reporter le poids directement sur une collectivité plutôt que sur un responsable sacrifié. En second lieu, la garantie d'une solvabilité et l'économie de la recherche du responsable pourraient encore justifier que préférence soit accordée au fonds. Poussant la logique indemnitaire à son paroxysme, on pourrait d'ailleurs comprendre la position de ceux qui prônent l'établissement d'un droit des dommages corporels qui, focalisé sur le seul dommage, exclut toute analyse approfondie de la cause²³⁸⁰. Abstraction faite de toute considération liée à l'absence de dimension préventive du mécanisme, ces deux arguments pourraient alors emporter la conviction. Il reste néanmoins à leur opposer que selon son mode de financement, le fonds d'indemnisation pourrait ne pas bénéficier des montants illimités. Par-delà le fait que le coût supporté par « la collectivité n'est pas extensible à l'infini »²³⁸¹, on pourrait envisager un fonds alimenté par des exploitants. Il faudrait alors identifier ces derniers et l'indemnisation pourrait, en sus, trouver une limite naturelle dans les cotisations, fussent-elles réparties, de ces derniers²³⁸². Surtout, si l'on admet que la règle de responsabilité ici recherchée ne sera pas dénuée de tout fondement explicatif, il reste à opposer l'argument selon lequel la responsabilité, en permettant la désignation d'un être-responsable, présente une fonction réparatrice qui s'étend au-delà d'une simple fonction indemnitaire. Or appliqué aux cas des activités de fusion nucléaire, cette fonction réparatrice étendue constitue un élément primordial.

B. La réparation morale résultant de la responsabilité *même sans faute*

573. L'indemnisation : un élément non exclusif de la réparation. L'on réduit traditionnellement les fonctions de la responsabilité à sa fonction réparatrice, préventive, et, éventuellement sanctionnatrice. Néanmoins, les finalités de la responsabilité civile sont plus complexes qu'on ne l'imagine *a priori*, et une analyse plus fine conduit bien souvent à enrichir le tableau dressé. Un puddlage des différentes fonctions de la responsabilité *même sans faute* est ainsi ressorti de la distinction entre les fonctions préventives de la responsabilité. Ce même puddlage apparaît également lorsqu'est passée au crible sa fonction réparatrice. Bien qu'il ait pu jusqu'alors être mis en exergue la pérennité et le caractère somme toute égalitaire du droit à réparation résultant d'une règle de responsabilité, les propos précédents n'ont pas encore permis de justifier pleinement cette distinction. Parce que la responsabilité se distingue par ce « critère »²³⁸³ selon lequel le débiteur de la dette indemnitaire est celui auquel est imputé le fait dommageable, il s'agit désormais de montrer le sens particulier que revêt la réparation

²³⁸⁰ Tel est du moins ce qui ressort des propositions des auteurs souhaitant la reconnaissance de ce droit, et notamment de celle de Philippe LE TOURNEAU ou d'Yvonne LAMBERT-FAIVRE : véritable droit à l'indemnisation, il vaudrait chaque fois qu'il y aurait atteinte à l'intégrité corporelle d'un individu voy. *supra* note 2255.

²³⁸¹ CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public, Paris, La documentation française, 2005, p. 313 et plus généralement *infra* Chapitre 2, Section 2.

²³⁸² Voy. *supra* § 1, B, 2.

²³⁸³ P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité civile », *op. cit.*, pp. 553-562.

à partir de ce critère. Même si cet aspect n'est pas pleinement apparu dans l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire, il reste que la réparation n'est pas la seule compensation pécuniaire des dommages par leur auteur et que la règle de responsabilité permet de garantir. Elle est pleinement assurée lorsque la victime éprouve, en sus, le sentiment de satisfaction ou « [d']apaisement »²³⁸⁴ que procure l'action en responsabilité, c'est-à-dire lorsque l'auteur du dommage est condamné civilement dans une procédure à laquelle la victime est partie²³⁸⁵.

574. Plan. Ainsi, il est bien admis que l'un des objectifs principaux des régimes d'indemnisation destinée à se substituer à la responsabilité est d'épargner aux victimes la tâche de faire valoir un droit à indemnisation devant les juridictions, c'est-à-dire la durée, le coût d'un procès et les aléas tenant à la preuve des conditions de la responsabilité. Il reste pourtant que l'indemnisation hors responsabilité ne s'accorderait que difficilement avec les besoins des victimes, et particulièrement des victimes du risque technologique à l'instar du risque nucléaire de fusion (2.). À tout le moins, il en va ainsi lorsque la compare avec le bénéfice d'une action responsabilité (1.).

1. La catharsis induite par la mise en œuvre de la responsabilité

575. Plan. S'il est important de rappeler l'importance de la fonction curative de la responsabilité *même sans faute* (a.), il faut encore en réaffirmer l'existence quand bien même la responsabilité est *même assurée* (a.).

a. La dimension cathartique de la responsabilité même sans faute

576. Les besoins psychosociaux des victimes d'activités à risque. Dans le cadre d'une action en responsabilité, l'attention portée à la victime s'étend bien au-delà de la seule compensation pécuniaire de son dommage. Parce que « le droit de la responsabilité se prête parfaitement à une acceptation sociologique »²³⁸⁶, l'étude de la victimologie a d'ailleurs permis de mettre en évidence ces différents besoins²³⁸⁷. Bien que cette discipline soit traditionnellement centrée sur les besoins psychosociaux des victimes d'infractions pénales, les idées y étant développées trouvent à s'appliquer dans le domaine de la responsabilité civile, et d'autant plus lorsqu'elle vise à réceptionner des dommages résultant de la réalisation d'un risque technologique comme le risque nucléaire de fusion. Dans les deux situations, la seule atteinte à l'intégrité ou aux biens ne suffit pas à décrire la situation de la victime. Confrontée à sa propre vulnérabilité, cette dernière peut ressentir un état traumatique matérialisé par un sentiment d'humiliation et une perte d'estime d'elle-même²³⁸⁸. Ce sentiment peut être exacerbé ou

²³⁸⁴ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité des contrats [...]*, op. cit., p. 15 ;

²³⁸⁵ Voy. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Réflexion sur le sens de la réparation en droit français », *RGD*, vol. 33, n° 2, pp. 211-221 ; C. LIENHARD, « Catastrophe et droit des victimes » in R. CARIO, D. SALAS (dirs), *Œuvre de justice et victimes*, t.1, 2001, pp. 145 et ss ; T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, op. cit., p. 211 ; C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, op. cit., p. 188 évoquant ainsi une double réparation : « la première est l'argent pris en tant que tel, la seconde est le fait qu'elle vienne de l'auteur ».

²³⁸⁶ M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », op. cit., p. 742.

²³⁸⁷ Voy. not. G. LOPEZ, *La Victimologie*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2019, 214 p

²³⁸⁸ Outre les études générales, et notamment G. LOPEZ, *La Victimologie*, op. cit., pp. 173 et ss, voy. C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, op. cit., p. 33 ; A. BORZEIX, L. AMAR, *AZF : La prise en charge des victimes d'accidents collectifs*, Mission Recherche droit et Justice, 2006, 267 p ; L. CROCCQ, « Les réactions émotionnelles dans les catastrophes », *Encyclopédie médicale de chirurgie*, vol. 63, 1987, p. 8 ; P. LOUVILLE, « L'intervention psychologique en situation de catastrophe : comment l'organiser ? », *Les traumatismes dans le psychisme et la culture*, Paris, 1995,

réactivé lorsque l'évènement fait l'objet d'une exposition médiatique : le « choc des photos » rappelant au souvenir de l'expérience vécue ou ravivant une angoisse latente²³⁸⁹. Or cela est d'autant plus valable que les évènements nucléaires, ou quelconque autre épisode dommageable impliquant la technologie, suscite souvent l'intérêt du public et, partant, de la presse. S'il en a évidemment été ainsi de l'accident technologique survenu sur le site d'AZF, il en a également été de même de l'incident nucléaire mineur survenu sur la centrale du site du Tricastin en juillet 2008. Enfin, dans le cadre de tels évènements, il peut encore s'ajouter l'angoisse d'une réitération et plus encore de séquelles futures et encore silencieuses susceptibles d'influer sur le quotidien des victimes, comme cela caractérise bien la radioactivité²³⁹⁰. Pour surmonter cela, les victimes ont donc besoin de récupérer la situation telle qu'elle se présentait à elles avant que ne survienne l'accident. Elles construisent ainsi des attentes que l'action en responsabilité *même sans faute* permet d'assouvir et qui *grosso modo* se résument au besoin de la reconnaissance de leur statut de victime.

577. Des besoins satisfaits par l'affirmation de la responsabilité *même sans faute*. Si les victimes d'un évènement traumatisant recherchent la reconnaissance d'un certain statut, c'est que cela leur apporte un triple avantage. D'abord, il leur permet de parvenir à la reconstruction du déroulement des faits qui ont abouti à la réalisation du dommage. Comme on pourra le rapprocher du droit à la vérité tel que promu par certains organes de protection des droits de l'homme²³⁹¹, cet accès à l'information révèle une certaine importance dans le cadre d'activités à risque, et particulièrement les activités impliquant un phénomène complexe telles que les activités de fusion nucléaire. Nous avons pu le constater *supra*, la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant nucléaire au titre du régime conventionnel s'est notamment justifiée en raison des « mécanismes inattendus et passablement mystérieux »²³⁹² étant à l'origine de l'accident nucléaire. Elle s'est également justifiée par le fait que les conséquences dévastatrices de l'accident rendraient impossible la recherche de preuves suffisantes à établir une faute éventuelle, ou encore – et cela est critiquable – par des considérations de sécurité nationales susceptible d'empêcher la diffusion de certaines données ou encore. Or ces considérations ne sont pas propres aux activités de fission. Elles pourraient même être exacerbée par le caractère novateur des activités de fusion. Par-delà, elles sont également valables pour d'autres activités à risque technologique. Partant, alors que la victime risque déjà de voir une partie des faits lui échapper, il est du rôle du procès de l'aider à comprendre, dans la mesure du possible, comment elle s'est retrouvée

doc. INAVEM ; J. GORTAIS, « Victime et traumatisme psychique », *Journal des psychologues*, vo. 144, 1995, p. 21 ; E. CAILLON, « Les troubles psycho-traumatiques chez l'adulte », *Gaz. Palais*, 2015 ou encore M. T. CRADO DEL RIO, « Le syndrome subjectif post-traumatique : aspects légaux et médicolégaux », *RFDC*, vol. 22, 1996, p. 161 relevant que l'intensité du traumatisme psychique, de l'expérience vécue et des circonstances qui l'ont entourée auront d'autant plus d'effets négatifs que l'incident aura été imprévisible, soudain, massif et intense. Plus il aura représenté une menace vitale pour l'intégrité corporelle de l'individu, plus celui-ci sera confronté à sa propre vulnérabilité et pire sera le vécu de l'incident traumatique.

²³⁸⁹ Comme le souligne C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 41-42 ou C. LIEHNARD, « Les victimes et le choc des photos », *D.* 1999, n° 38, p. V-VI, l'accident peut susciter une émotion forte et ainsi constituer un évènement d'actualité majeure. Dès lors, la diffusion d'images dites « choc » est violente pour les victimes, si bien qu'elle a pu ouvrir le débat sur la réparation du préjudice ainsi engendré comme il le sera vu *infra* Chapitre 2, Section 2.

²³⁹⁰ Voy. G. LOPEZ, *La Victimologie*, op. cit., pp. 176-177, et surtout la question relative à la réparation des préjudices d'angoisse ou d'anxiété dont il sera débattu en *infra* Chapitre 2, Section 2.

²³⁹¹ Voy. P. NAFTALI, *La construction du droit à la vérité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 550 p. et pour exemple, bien que dans le contexte très spécifique de disparitions forcées, CIDH, *Carpio Nicolle c. Guatemala*, décision du 22 novembre 2004. Série C n° 117 dans laquelle la Cour considérait que « le droit à la vérité constitue une forme importante de réparation ». Nous soulignons.

²³⁹² J-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, Paris, PUF, p. 117.

dans la situation qui est la sienne et ainsi de mieux supporter le dommage qu'elle a subi²³⁹³. Ensuite, et au-delà de cet aspect processuel, l'action en responsabilité s'accompagne d'un aspect formel propre à conforter la victime dans la légitimité de sa demande. Dans son ouvrage *Légitimation par la procédure*, Niklas LUHMAN a montré que la procédure constitue un facteur de légitimité²³⁹⁴ duquel Jonas KNETSCH tire la conclusion que « pour accepter le principe de réparation, la victime doit reconnaître sa légitimité »²³⁹⁵. Si nous pensons que cette légitimité découle foncièrement de l'existence du droit à réparation, cette pensée peut également traduire notre assertion. En retraçant la chaîne des événements scientifiques et en établissant clairement le lien entre le responsable *même sans faute* et le dommage subi par la victime, le procès rassure la victime sur le bien-fondé de sa demande : « chacun est ainsi reconnu dans son rôle » et cela vaut « réparation morale pour la victime »²³⁹⁶. Le fait de laisser à un juge impartial et indépendant le soin de fixer la réparation et de la motiver autorise « la compréhension, et parfois même l'acceptation du jugement »²³⁹⁷. Enfin, le procès en responsabilité doit permettre à la victime de satisfaire un désir, pas tant vindicatif, mais de justice et de pédagogie contribuant ainsi la consolidation de la société « comme entreprise de coopération »²³⁹⁸.

Certes, le problème apparaît ici que l'application de la règle de responsabilité pourrait ne pas suffire à assouvir ce désir. D'une part, si l'on peut tout à fait envisager la satisfaction pour la victime « d'avoir face [à elle] LE responsable »²³⁹⁹ et de lui exposer sa souffrance, les règles de procédures civiles n'obligent pas par principe le responsable à comparaître personnellement. Cette possibilité est en effet laissée à l'appréciation des juges²⁴⁰⁰. D'autre part, cet avantage pourrait se trouver limité par le lien d'imputation qui fonde la responsabilité. Entendons-nous, il ne s'agit pas de remettre en cause ce lien que proposera la règle de responsabilité à l'endroit de l'exploitant et qui légitime la demande de la victime. Si tant est que celui-ci repose sur une explication satisfaisante, c'est-à-dire plus satisfaisante

²³⁹³ Voy. notamment Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de responsabilité », *op. cit.* ; Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY DE SIMON, *Droit du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 12 ou encore J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 293 bien que semblant limiter cette vertu au procès pénal. Notons néanmoins dans le sens du besoin de cette reconnaissance et de la recherche de la vérité dans la cadre de la responsabilité civile Cass. avis., 13 novembre 2006, n° 06-00.11, *Bull. civ. avis*, n° 19, p. 13 dans lequel la Cour avait admis la possibilité pour une victime de l'amiante indemnisée par le FIVA à engager une action en responsabilité ou à intervenir dans celle du FIVA dans le « seul but de faire reconnaître l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur » et H. GROUDEL, « Portée de l'acceptation de l'offre du FIVA par la victime ou ses ayants droit », *RCA*, 2007, comm. 55 ou encore M.P. CAMPROUX-DUFRENE, « Réflexion sur l'indemnisation des victimes » *Gaz. Palais*, 1997, p. 337 relevant, à l'appui d'une règle de responsabilité, « le besoin social de justice et de vérité ».

²³⁹⁴ Voy. N. LUHMAN, *La légitimation par la procédure*, Laval, PU, 2001, 300 p., sp. p. 112 et ss.

²³⁹⁵ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 297.

²³⁹⁶ Voy. P. RICŒUR, « Le concept de responsabilité, Essai d'une analyse sémantique », *op. cit.*, p. 42.

²³⁹⁷ D. COMMARET, Avis sur Cass. crim. 18 juin 2003, *BICC*, 15 septembre 2003, n°583, p. 27 référencé par J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 297. Sur l'importance de la motivation comme vecteur d'une acceptation de la décision M. SALUDEN, « La jurisprudence, phénomène sociologique », *APD*, vol. 30, 1985, sp. pp. 202 et ss.

²³⁹⁸ P. RICŒUR, *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, pp. 191-192. Le sentiment vindicatif renvoyant à l'idée de vengeance et à la loi du Talion, on serait en effet tenté de penser qu'un bon nombre de victimes nourrissent un projet vindicatif à l'égard de celui qui les ayant causés paraît en être le responsable : voy. en ce sens A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 217 ; M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *op. cit.* ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, *op. cit.*, p. 188. Pour autant, comme le souligne, Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de la responsabilité », *op. cit.* « loi du Talion ne "répare" rien ; elle venge seulement ». Surtout, il semblerait que le désir personnel de vengeance des victimes serait relativement réduit dans le cas d'un procès en responsabilité civile. Si l'on peut nier la satisfaction qu'elles éprouvent par l'atteinte que constitue la réparation au patrimoine de ce dernier, il s'agirait davantage d'assurer une catharsis tirée de la vertu pédagogique de la responsabilité et de la réprobation qu'elle concède à afficher auprès de la société : voy. sur ce constat J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 294-296 ; Collège de la prévention des risques technologiques, « Responsabilité et prévention des risques technologiques », avis n° 19, 31 mars 1993 évoquant un « besoin de cohésion sociale » ou encore sur cette question de l'apaisement induit par le procès L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2020, pp. 109-111.

²³⁹⁹ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Réflexion sur le sens de la réparation en droit français », *op. cit.*, p. 220.

²⁴⁰⁰ Voy. *Code de procédure civile*, art. 184 et *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 1.

que le régime de responsabilité civile nucléaire, cette légitimité est puisée dans la règle de responsabilité quand bien même elle serait recherchée *même sans faute*²⁴⁰¹. Sans préjudice d'explications ultérieures, elle seule permettra de fonder directement la responsabilité de celui qui a exposé la victime au risque nucléaire de fusion, et plus généralement au risque technologique, sans réussir *in fine* à le maîtriser²⁴⁰². C'est envers lui que la victime pourra vouloir tirer leçon pour l'avenir en lui exigeant le paiement du prix de ses pertes. En revanche, cela pourrait ne pas pouvoir lorsque la responsabilité de l'exploitant sera recherchée du fait de la réalisation d'un risque ayant matériellement résulté de la faute d'un tiers, et ce en raison de l'application d'un éventuel principe de canalisation tel que consacré par le régime de responsabilité civile nucléaire. Dans ce contexte, l'on pourra certainement expliquer que la responsabilité du premier soit maintenue. Il n'en reste pas moins que le sentiment de réparation de la victime, empêchée de rechercher la responsabilité du second, pourrait se voir malmenée. Pour cela, et sans préjuger de l'apport du principe de canalisation dans le cadre de la règle de responsabilité, cette hypothèse devra être prise en considération²⁴⁰³. Cela étant dit, la fonction curative de la règle de responsabilité trouve une limite dans l'assurance. Parce qu'il paraît très probable que l'exploitant d'une installation de fusion nucléaire, comme tout exploitant d'une activité à risque, cherche à assurer sa responsabilité, un sentiment vindicatif peut résister lorsque la responsabilité *même sans faute* implique l'intervention d'un assureur. Si la fonction cathartique de la règle de responsabilité *même sans faute* repose en effet sur deux éléments — le fait que le coût de la réparation pèse sur l'auteur du dommage et le fait que cette réparation possède une dimension processuelle permettant éventuellement une confrontation cathartique —, l'assurance de responsabilité remet en cause l'existence de ces éléments. Plus spécifiquement, elle peut atteindre l'un d'entre eux dans sa substance : à savoir l'apport du procès en responsabilité.

b. La préservation cathartique de la responsabilité même assurée

578. La relativisation de l'influence de l'assurance sur la réparation morale. De prime abord, on pourrait croire que l'assurance de responsabilité annihile la réparation morale : la responsabilité « vidée de son sens » n'étant « guère utile qu'à désigner l'assureur qui devra indemniser »²⁴⁰⁴. C'est pourtant là un constat qui doit encore être relativisé car il serait encore « inexact » de penser que l'assurance peut venir se substituer entièrement à la responsabilité²⁴⁰⁵. Si nous avons désormais bien compris que l'assurance de responsabilité occupe une place importante dans le processus de réparation des victimes, il n'en reste pas moins que son rôle de payeur est conditionné par le jeu des règles de responsabilité. Ainsi, que la responsabilité soit assurée ne signifie pas que le responsable n'en payera pas un prix minimal ou qu'il n'en tirera aucune leçon. D'abord, le jeu des clauses assurantielles constitue autant de techniques de pénalisation qui permettent de reporter une partie du

²⁴⁰¹ Voy. dans ce sens d'une légitimité puisée dans la règle de responsabilité *même sans faute* raison faite de l'indifférenciation opérée sur ce point T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, op. cit., pp. 211, 235.

²⁴⁰² Sur l'importance de la maîtrise : voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²⁴⁰³ Sur l'intérêt du principe de canalisation, outre les développements opérés en Partie I, voy. *infra* Chapitre 2, Section 1.

²⁴⁰⁴ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., p. 21.

²⁴⁰⁵ Voy. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 74.

coût de la réparation sur l'auteur du dommage²⁴⁰⁶. Ensuite que la responsabilité soit assurée ne saurait empêcher que le responsable en paie toujours un prix. En l'absence de tour de « passe-passe »²⁴⁰⁷, la responsabilité atteint au moins le responsable dans sa réputation que le procès aura permis d'afficher²⁴⁰⁸. Or cela pourrait être d'autant plus valable que nous avons déjà relevé l'intérêt que le public peut porter à de tels événements. Enfin, la distorsion opérée par l'assurance au schéma traditionnel de la responsabilité doit être également contestée. Certes, l'assurance participe à priver le responsable d'assister au chagrin de sa victime parce qu'elle a motivé la suppression de l'obligation procédurale de mise en cause de l'assuré responsable²⁴⁰⁹. Néanmoins, comme la comparution personnelle reste à la discrétion du juge, la mise en cause est à la discrétion de la victime²⁴¹⁰. Ainsi, le véritable problème réside davantage dans le fait que l'évolution du droit est allée, sous l'influence de l'assurance, vers une dépossession de la victime de son procès, fût-il contre le responsable ou son assureur.

579. La relativisation du phénomène de dépossession du procès par l'assurance. Il est relativement admis la prédilection des assureurs pour le règlement amiable des litiges, par le recours notoire à la transaction. Contrat spécial régi par les articles 2044 et suivant du Code civil ayant pour objet de mettre un terme à une contestation née ou de prévenir une contestation à naître, ce mode alternatif de règlement des litiges, qui peut s'autoriser en France d'une origine ancienne, dispose aujourd'hui d'une certaine notoriété et s'avère de plus en plus usité²⁴¹¹. Sans préjudice de l'existence d'une règle de responsabilité, puisqu'il s'appuie paradoxalement sur une mise en œuvre potentielle de cette dernière²⁴¹², l'utilisation du mécanisme est aujourd'hui relativement prônée. Il l'est d'autant plus à l'égard d'évènement résultant de la réalisation d'un risque technologique ou susceptible d'engendrer un grand nombre de victimes²⁴¹³. L'expérience du traitement indemnitaire de l'accident d'AZF en constitue un exemple, dès lors qu'il est à ce jour celui ayant trait au plus grand nombre de victimes et

²⁴⁰⁶ Voy. *supra* § 1, A, 2.

²⁴⁰⁷ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 518 et voy. *supra* § 1, A, 2.

²⁴⁰⁸ Suivant cette idée et concernant l'influence de la diffusion de décision de justice sur la sanction des comportements voy. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, pp 33-35 et rapprochez avec G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 343.

²⁴⁰⁹ Voy. *supra* § 1, A, 2.

²⁴¹⁰ L'absence d'obligation n'implique pas l'interdiction et rien n'empêche la victime, si elle en ressent le besoin et si l'assureur n'y a pas pourvu, de procéder à cette mise en cause, même sur invitation du juge. De plus, l'assureur peut mettre en cause directement l'assuré, et il a d'ailleurs tout intérêt à le faire pour lui rendre le jugement opposable (Cass. civ., 29 février 2000, n° 97-11811, *Bull. civ. I*, n° 64, p. 44), les règles relatives à la mise en cause feront plus généralement l'objet de développements *infra* Titre II, Chapitre II.

²⁴¹¹ Sur la transaction voy. not. H. SLIM, « Transaction », *JCL Responsabilité civile et assurance*, fasc. 240, 2021 ; F. JULIENNE, « Transaction », *JCL Civil Code*, fasc. 10, 2017 ; L. THIBIERGE, « Transaction », *Répertoire de droit civil*, 2020 ; L. CADJET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, Paris, Dalloz, 2019, sp. pp. 75 et ss ; S. CARVAL, P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 609 et ss ; B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT (dirs), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, Dalloz, 2006, 214 p.

²⁴¹² Le principe étant justement de mettre un terme à « une contestation née ou de prévenir une contestation à naître » supposant que chacune des parties puisse faire valoir à l'égard de l'autre une prétention. Ainsi, comme le souligne en effet A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.* p. 370 : « les diverses expériences de règlement amiable réalisées pour l'indemnisation de dommage de masse n'ont pu exister que dans des hypothèses où la réalisation de ces dommages a fait apparaître comme responsable une ou plusieurs personnes identifiables. À cet égard, la responsabilité civile joue un rôle essentiel. Grâce à la souplesse de ses faits générateurs, elle permet de faire peser plus facilement sur ces personnes la menace d'une implication au titre de leur responsabilité civile ou d'une simple présomption de responsabilité civile. Il faut d'ailleurs souligner un phénomène assez contradictoire : ce mode de règlement amiable tend à évincer le procès en responsabilité civile [...] alors que c'est en fonction d'une éventuelle reconnaissance de responsabilité civile que les possibles responsables sont incités à prendre spontanément en charge l'indemnisation ».

²⁴¹³ Voy. en faveur du mécanisme, nonobstant quelques aménagements, notamment dans le cadre d'accidents survenant sur une activité à risque A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 369 et ss ; L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 430 et ss.

le plus étendu en termes des mesures convenues²⁴¹⁴. Mais par-delà cette expérience, la solution est également une solution préconisée par de nombreux États dans l'hypothèse d'un accident nucléaire au sein du régime conventionnel²⁴¹⁵. Elle a d'ailleurs été partiellement éprouvée dans le cadre de l'accident de Fukushima²⁴¹⁶. Parce que chacun connaît l'aphorisme *mauvais arrangement vaut mieux que bon procès* qui plonge loin ses racines *accord vaut mieux que plaid*²⁴¹⁷, il est vrai que le mécanisme constitue un moyen d'éviter le coût et la lenteur d'un procès dont les victimes auraient tort de se priver tout en entretenant un rapport pacifique entre les parties²⁴¹⁸. Mais le constat est également partagé que les modalités de mise en œuvre de ce mécanisme autorisent à dénoncer « une arme de domination dans les rapports juridiques conflictuels »²⁴¹⁹ voire « le pire des contrats d'adhésion »²⁴²⁰. Si ces critiques concernent généralement la qualité de l'indemnisation perçue, il faut souligner que, du seul point de vue de la réparation morale, la transaction peut priver la victime d'un procès tout en constituant un outil au service de la réputation de l'exploitant responsable. D'abord susceptible de satisfaire un besoin de confidentialité dénuée de toute dimension préventive²⁴²¹, la transaction fait apparaître celui dont la responsabilité pourra ne pas avoir été juridiquement reconnue²⁴²² comme ouvert à la négociation et transigeant : « le juste ne sera pas tout à fait dépouillé, l'injuste ne sera pas entièrement triomphant »²⁴²³. Sauvegardant ainsi une image auprès du grand public, il en résulterait un gain pour les exploitants dont la perte engendrée par la souillure de leur « image de marque » pourrait coûter plus chère qu'une indemnisation des victimes²⁴²⁴. Aux vues de la contestation dont font l'objet les activités nucléaires, le mécanisme pourrait théoriquement s'avérer utile – bien qu'on doute qu'il soit suffisant. Si la transaction implique la confidentialité, il n'est à pas douter que cela pourrait raviver les contestations si cela devait conduire à éluder les causes de l'évènement ; cela d'autant plus pour un risque nouveau tel le risque nucléaire de fusion. Quoiqu'il en soit, ici se situerait donc tout le paradoxe de l'assurance qui tout en encourageant l'accès à la justice et tout en participant à garantir la réparation financière des dommages, évince dans le même temps les victimes du procès

²⁴¹⁴ Voy. outre les auteurs suscités, sur l'utilisation de la transaction dans le cadre de dommage catastrophique, notamment celui d'AZF : C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, op. cit., pp. 175 et s, sp. p. 179-183 ; INAVEM, « 10 ans d'actions en faveur des victimes d'accidents et de catastrophes collectives », sp. p. 13. On notera ainsi que ce dernier a donné lieu à la *Convention nationale pour l'indemnisation des victimes de l'explosion de l'usine AZF-Grande Paroisse/Groupe Total-Final-Elf* du 31 octobre 2001. Cette convention n'a pas empêché certaines contestations et un règlement critiqué de l'indemnisation : voy. pour exemple CA Toulouse, 27 juillet 2020, n° 18/03824 ou encore les cas étudiés par A. BORZEIX, L. AMAR, *AZF : La prise en charge des victimes d'accidents collectifs*, op. cit.

²⁴¹⁵ Voy. OCDE/AEN, *Indemnisation des dommages en cas d'accident nucléaire*, *Compte rendu d'un atelier*, Paris, Ed. OCDE, 2001, 417 p. ; S. DAÏNA, « Comment gérer la réparation du dommage ? » in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Éd. OCDE, 2000, p. 335-346 ; D. HARBRÜCKER, "Claims Settlement Procedures and Costs" in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, op. cit., pp. 371-383.

²⁴¹⁶ L'indemnisation des dommages de Fukushima a été le fruit d'un recours à ce procédé mêlé d'un fonds d'indemnisation : voy. sp. X. VASQUEZ-MAIGNAN, « Fukushima : responsabilité et indemnisation », *BDN*, vol. 88, 2011/2, pp. 67-70.

²⁴¹⁷ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 248 faisant référence à H. ROLAND, L. BOYER, *Adage du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, n° 218.

²⁴¹⁸ Voy. not. sur ces questions L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 229 et ss et pour le droit des activités à risque L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnelles exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 450-451.

²⁴¹⁹ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, Paris, LGDJ, 2005, p. 10.

²⁴²⁰ F. JULIENNE, « Transaction », op. cit., § 3 faisant référence à P. PONT, V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil, Des petits contrats*, t. IX, Paris, Delamotte et fils, 1878, n° 452.

²⁴²¹ Voy. en ce sens L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 445 et pour un regard plus nuancé L. CADIET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, op. cit., p. 142.

²⁴²² Voy. sur l'évincement de la règle de droit E. CAMOUS, *Règlement non juridictionnel des litiges de la consommation, Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlements des conflits*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 273 et ss.

²⁴²³ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, pp. 444-445.

²⁴²⁴ L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnels civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 446.

et les prive de leur réparation morale²⁴²⁵. Pour autant, il faut se défier de toutes critiques envers la transaction.

D'abord non exclusive de l'assurance, elle constitue l'exception la plus notable aux avantages d'une action en responsabilité, mais également l'exception la plus notable aux inconvénients lui subsistant. Ensuite, il s'agira simplement de considérer que la transaction ne présente aucun caractère obligatoire pour la victime, et qu'il lui est offert de la refuser afin de conserver son droit d'action. Encore faut-elle cependant qu'elle bénéficie d'une règle apte à fonder son action. Or quoique l'on adhère à cette idée « compréhensible rancune » des victimes ne pouvant « s'exprimer dans un procès civil, impersonnel, désincarné et abstrait » et « l'exaspération des victimes » face « juridisme hermétique du juge civil, à la comptabilité minutieuse d'un assureur, et pire que tout face à l'absence du responsable indifférent à tout le mal qu'il a causé »²⁴²⁶, il reste que les mécanismes d'indemnisation et surtout les fonds sont encore moins aptes à remplir un quelconque rôle cathartique vis-à-vis des victimes du risque nucléaire de fusion, et par extension du risque technologique.

2. La vindicte induite par le recours aux mécanismes d'indemnisation

580. Plan. Si la démonstration relative à l'absence de réponse des mécanismes d'indemnisation aux besoins psychosociaux des victimes s'avère relativement aisée (a.), il est tout aussi intéressant de relever la mesure dans laquelle leur consécration pour réceptionner les dommages résultant de l'exploitation d'une activité à risque pourrait encourager la résurgence d'un véritable sentiment vindicatif (b.).

a. L'absence de réponse aux besoins moraux des victimes

581. L'insuffisance des mécanismes d'indemnisation à assurer la réparation morale des victimes. Qu'il s'agisse de l'assurance directe ou d'un fonds d'indemnisation, il doit être admis que ceux-ci ne permettent que trop peu, lorsqu'ils se substituent à la responsabilité, de répondre aux besoins de réparation morale des victimes²⁴²⁷. Ce constat s'étend au-delà de celui qui en est dressé habituellement par la doctrine. Certes, cette dernière relève régulièrement une approche de ces mécanismes comme trop peu respectueuse des besoins psycho-sociaux des victimes. Spécifiquement, la procédure devant les fonds d'indemnisation apparaît bien souvent comme un traitement purement administratif de la demande formulée par la victime. Même dans les quelques hypothèses dans lesquelles les règles instituant le fonds prévoient la possibilité de procéder à une audition de la victime, l'indemnisation

²⁴²⁵ Ce rôle est ainsi examiné à la lumière du fait que paradoxalement l'assurance a pu encourager l'accès à la justice, lorsqu'elle est intervenue comme un facteur favorisant l'action, notamment en assumant, pour certaines assurances, les frais inhérents à une action : voy. M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., p. 65 ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., p. 200 et plus généralement B. CERVEAU, *L'assurance de protection juridique : un moyen moderne d'accès au droit et à la justice*, Paris, L'Argus, 1991, 120 p. et N. BRÉRO, *L'assurance et l'accès à la justice (Approche critique)*, thèse, Nice, 1994, 404 p.

²⁴²⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de la responsabilité », op. cit., p. 22 et *infra* Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 2 et Titre II, Chapitre 2.

²⁴²⁷ Il faut en effet aïrer la distinction avec les fonds de garantie qui interviennent pour indemniser les dommages ayant une origine ne pouvant être factuellement imputé à une personne humaine (ex : le fonds d'indemnisation pour les dégâts causés par le gibier) ou les fonds de garanties destinés à pallier l'insolvabilité d'un responsable ou pallier la situation d'un responsable « inconnu » (ex : FGTI).

n'est en réalité accordée qu'au terme d'une procédure principalement écrite²⁴²⁸. Soumise au sentiment « d'une lointaine machinerie administrative »²⁴²⁹ qui la catégorise et l'isole, la victime ne se voit donc pas offrir la simple possibilité de subir ce « tracas » que l'on a prétendu « inutile »²⁴³⁰ ou « traumatisant »²⁴³¹ d'extérioriser les événements traumatisants qu'elle a subis et ainsi obtenir la reconnaissance de son statut²⁴³². Mais il est surtout le fait que la déconnexion entre l'indemnisation et la recherche d'un responsable, qui est de l'essence de ces mécanismes, ne peut donner à la victime ni la satisfaction de condamner le responsable ou de nommer les responsabilités, ni la possibilité de procéder à une quelconque reconstruction des faits. Isolée et réduite à satisfaire les conditions ou les catégorisations prévues par le mécanisme,

« l'appréhension de [sa] situation comme le résultat d'un concours de circonstances parfaitement anonymes et soustraites à l'éventuelle imputation à une ou plusieurs personnes empêche la reconnaissance des véritables causes du dommage et par là même, la réprobation officielle des actes commis par les personnes reconnues comme responsables »²⁴³³.

Il s'ensuit que la victime malmenée dans son statut et confrontée à l'impossibilité de faire par suite valoir son intérêt à agir contre le responsable²⁴³⁴ serait encline à faire preuve de victimisation

²⁴²⁸ Voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, pp. 299-300 relevant ainsi que si certains fonds prévoient une audition de la victime, peu y recourt véritablement. Pour exemple, alors qu'elle est prévue dans le cadre de l'indemnisation des victimes de l'amiante, il n'y est finalement que très peu fait mention en pratique : voy. *Décret n° 2001 n° 2001-963 du 23 octobre 2001 relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante institué par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000*, art. 17. Plus surprenant encore pourrait être le fait qu'aucune audition ne soit prévu de *lege lata* pour les victimes d'actes de terrorisme indemnisées par le FGTI. Pour cela, et sous l'expérience des attentats de 2015, il a été proposé de remédier à cela bien que cela ne soit pas encore effectif : voy. *Loi n° 2019 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice*, JORF, n° 0071, 24 mars 2019, annexe § 3.4. Il faudra toutefois ici prendre en considération que ce fond n'a pas vocation à se substituer à la responsabilité encourue et que les victimes ont en principe vocation à se porter partie civile à l'instance pénale susceptible d'être introduite, en témoigne les procès en cours concernant les attentats du 13 novembre 2015.

²⁴²⁹ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, p. 300. L'auteur relève néanmoins (ironiquement ?) l'effort du FGAO soulignant, dans son livret relatif à l'indemnisation des accidents de chasse et de la circulation, l'explicitation de son désir « d'entretenir une relation personnalisée » et de « permettre à chaque victime de connaître son interlocuteur et de pouvoir le joindre par téléphone ». On pourra y joindre que le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme souligne quant à lui que « les termes techniques employés peuvent paraître bien éloignés de la réalité des souffrances ressenties par les personnes victimes. Toutefois, lors de l'étude personnalisée de chaque demande, les chargés d'indemnisation approchent chaque victime avec bienveillance, au plus près la réalité de sa situation » : voy. FGAO, *Livret de l'indemnisation, accident de la circulation, accident de chasse*, août 2020, p. 8 ; FGTI, *Guide de l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme*, août 2020, p. 3.

²⁴³⁰ Voy. FITH, *Rapport annuel d'activité 1997-1998*, 1998, p. 8 : « malgré le souci constant d'éviter aux victimes tout tracas inutile, certaines personnes ont pu se montrer excédées d'avoir à justifier de leur droit à être indemnisées ».

²⁴³¹ Voy. M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation », *op. cit.*, § 22.

²⁴³² Voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 301 relevant qu'il est certain que les besoins peuvent varier suivant la survenance du dommage et le contexte de sa réalisation, et qu'imposer la participation de la victime à l'instruction pourrait nuire à la célérité des mécanismes et rapprochez avec M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation », *op. cit.*, § 32 soulignant l'impératif de célérité de certains fonds. Néanmoins, comme il le sera souligné pour à l'endroit de la règle de responsabilité, c'est un choix qui devrait, selon nous, être laissé à la victime. Surtout, ce problème ne saurait en réalité cacher les véritables symptômes d'un procès civil potentiellement inadapté comme il le sera vu *infra* Titre II, Chapitre II.

²⁴³³ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 302 relevant ainsi que même dans les fonds où doit s'opérer une mesure d'instruction, celle-ci ne serait finalement pas communiquée à la victime au terme.

²⁴³⁴ Contrairement au souhait formulé par certains (notamment C. DELPOUX, « Contamination par transfusion sanguine : Jurisprudence, Loi et Assurance », *RGAT*, 1992, p. 25 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *D.*, 1996, p. 610) l'existence d'un fonds d'indemnisation ne devait généralement pas avoir été exclusive de toute action en responsabilité, et ce compte tenu des restrictions constitutionnelles vu *supra*. En revanche, la question a pu se poser un temps de savoir si la victime recevant indemnisation d'un fonds se prévalant d'une « réparation intégrale » pouvait ou non obtenir un cumul d'indemnité en engageant parallèlement une action responsabilité. Ayant fait dans le cadre du FITH autant l'objet de décisions divergentes entre la Cour de cassation et le Conseil d'État, et même l'objet de plusieurs requêtes devant la CEDH en a notamment témoigné l'affaire *Bellet c/France*, cette question devait également avoir divisé la doctrine quant au fondement d'un tel cumul, lequel pouvait se justifier par la relativité du principe de réparation intégrale. Le législateur étant par suite intervenu, un tel cumul n'est aujourd'hui généralement plus possible, et ce dès lors que l'offre formulée par les fonds et acceptée par la victime est réputée constituer une transaction ayant donc autorité de chose jugée et valant renonciation du droit à agir en justice : voy. pour exemple *Code de la santé publique*, art. L3122-3 (sang contaminé), L1142-15, L1142-17 et L3111-9 (accidents médicaux) ; *Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001*, art. 53. IV (amiante) ou encore *Loi n°2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français*, art. 6. Plus généralement voy. notamment C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, *op. cit.*, pp. 159-160 et pour une retranscription plus précise de ce débat et sur une appréciation critique des solutions retenues J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 426-453.

secondaire²⁴³⁵ et ainsi d'une vindicte susceptible de dérive. Alors, assurément, tant ces assertions ont été relativisées que des propositions ont été formulées pour pallier ces faiblesses.

D'un côté, d'aucuns soulignent l'existence d'une réparation morale par certains mécanismes d'indemnisation en ce qu'ils devaient traduire « une reconnaissance concrète du statut de victime par l'État »²⁴³⁶. Mustapha MEKKI salue l'utilisation de la transaction par certains fonds d'indemnisation qui tout en accompagnant « l'idéologie d'un "État réflexif" qui succède à l'État providence »²⁴³⁷ doit conférer une légitimité de l'indemnisation octroyée par la négociation l'ayant précédée et la motivation la complétant²⁴³⁸. Quant aux conditions prédéterminées d'indemnisation et l'obligation subséquente de ventiler les chefs de préjudices incombant aux fonds²⁴³⁹, elles lui paraissent démontrer un effort de clarification pédagogique supérieur à celle du juge²⁴⁴⁰. D'un autre côté, des réformes ont été proposées. D'abord, l'idée a été avancée de promouvoir l'intervention des victimes devant les fonds en s'inspirant notamment de la pratique des Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation²⁴⁴¹ et auxquelles on pourra également ajouter celle du Comité d'indemnisation des victimes d'essais nucléaires²⁴⁴². Il a également été proposé de former davantage les professionnels de ces organismes au contact avec les victimes²⁴⁴³. Favorable à une systématisation des recours subrogatoires par les fonds d'indemnisation et s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'amiante, Thibaut LEULEU propose d'associer la victime qui le souhaite à l'exercice de

²⁴³⁵ La victimisation secondaire est la victimisation qui ne résulte pas directement de l'acte dommageable, mais de la réponse apportée à la victime par les institutions et les individus. La victimisation secondaire désigne ainsi la réaction de la victime dont les attentes ne sont pas comblées. Particulièrement développée dans la matière pénale, elle pourrait trouver à s'appliquer dans le cadre d'activité à risque : voy. Conseil de l'Europe, *Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur l'assistance des victimes d'infraction*, 14 juin 2006, Rec(2006)8, §1.3 ; J.-A. WEMMERS, *Introduction à la victimologie*, Montréal, Presse Université Montréal, 2003, pp. 79 et ss.

²⁴³⁶ J. HOLVECK, « La prise en charge des victimes du terrorisme : un enjeu devenu majeur », *Droit pénal*, n° 10, 2016, p. 8.

²⁴³⁷ M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation », *op. cit.*, § 33. L'État réflexif est le modèle heuristique visant à désigner l'attitude de l'État qui tient compte des avis et des réactions des destinataires de la norme : voy. K. BENYEKHLIF, *Une possible histoire de la norme : les normativités de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 808.

²⁴³⁸ Voy. M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation », *op. cit.*, §§ 33-34 et pour un regard critique sur le recours à la transaction J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 440-447.

²⁴³⁹ Voy. pour exemple *Code de la santé publique*, art. L3122-5 (sang contaminé) et L1142-17 (accidents médicaux) ou encore *Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001*, art. 53. IV (amiante).

²⁴⁴⁰ M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation », *op. cit.*, §34 et dans le même sens J. KNETSCH *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 336-338 ; A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 185-187. Il est vrai que dans le droit commun de la responsabilité civile, les juges ont tendance à abuser de la formule « toutes causes de préjudice confondues » autorisée par l'article 455 du *Code de procédure civile*. La Cour de cassation précise ainsi régulièrement que les juges du fond peuvent évaluer les divers préjudices sans « être tenus d'en préciser les divers éléments » : voy. pour exemple Cass. Ass. Pl., 26 mars 1999, n° 95-20.640, *Bull. A.P.*, n° 3, p. 3 ; Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, n°98-22.981, *Bull. mixte*, n° 4, p. 9. Néanmoins, l'obligation faite, par une loi de 2006, pour les tiers payeurs d'exercer poste par poste les recours aux fins de « remboursement » des préjudices qu'ils ont pris en charge a pu obliger indirectement les juges à procéder à cette ventilation lorsque la victime subissant un dommage corporel avait eu droit à des prestations sociales. Certains émettent néanmoins des critiques à l'encontre de cette ventilation. Reconnaissant qu'elle sert les recours des tiers payeurs et protègent les victimes de leurs créances personnelles, ils considèrent qu'elle opère un brouillage des frontières et un « saucissonnage » d'une « unique réalité qui est la diminution du bien-être de la victime », et que cela aurait été non nécessaire si l'on avait simplement conservé la distinction entre le « préjudice personnel » et le préjudice susceptible de faire l'objet de prestation sociale comme le prévoyait initialement une loi du 5 juillet 1985 : voy. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 633 *contra* P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 250 et O. GOUT, S. PORCHY-SIMON, « Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel » *D.*, 2015, p. 1499 qui voient, dans la ventilation, le contrôle du principe de la réparation intégrale et de l'arbitraire du juge. On notera que le projet de réforme actuellement en discussion prévoit explicitement cette ventilation des chefs de préjudice : Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, n° 678, 29 juillet 2020, art. 1362.

²⁴⁴¹ Voy. *Code de la santé publique*, art. R1142-16 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 300, 307-308 mettant en exergue cet apport de la loi du 4 mars 2002 à avoir institué un véritable droit d'être entendu en cas d'accidents médicaux et autres affections. Pour un regard plus nuancé voy. G. COURTIEU, « L'indemnisation des accidents médicaux : des lois perverses », *RCA*, n° 3, 2003, chron. 6, §§ 10-12 ou C. RADÉ, « Responsabilité et solidarité : proposition pour une nouvelle architecture », *RCA*, mars 2009, dossier 5, §§ 23-24.

²⁴⁴² Voy. Décret n°2014-1049 du 15 septembre 2014 pris pour l'application de la loi du 5 janvier 2010, JO, n°215, 17 septembre 2014, art. 11 et Comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires, *Retour sur les 10 ans de la loi du 5 janvier 2010*, *Rapport d'activité 2020*, p. 36

²⁴⁴³ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 309 faisant ainsi référence aux recommandations du Conseil de l'Europe, *Les voies de recours non pénales pour les victimes d'infraction*, Strasbourg, Publication du Conseil de l'Europe, 2009, sp. p. 43.

recours subrogatoire opéré par le fonds et de reconnaître formellement cette association²⁴⁴⁴. L'auteur y voit en effet l'intérêt de contourner les difficultés relatives aux cumuls des actions en responsabilité mais également d'annihiler ainsi l'une de leur cause : la rivalité entre les deux mécanismes engendrés par le phénomène de dérive vindicative²⁴⁴⁵. En raison d'une attitude plutôt réservée à l'égard de l'opportunité d'une systématisation des recours subrogatoires par cette crainte d'une « cascade de recours » nuisant au climat d'apaisement nécessaire au fonctionnement des fonds²⁴⁴⁶, Jonas KNETSCH propose de promouvoir les enquêtes parlementaires. L'auteur interroge ainsi l'influence du débat public et d'une reconstruction des faits en dehors des juridictions pour enrayer ce phénomène sans engendrer les effets d'une dérive vindicative. « Mieux adaptées qu'un procès civil en responsabilité », ces enquêtes seraient ainsi utiles « à l'établissement des faits qui ont mené au dommage et de l'implication respective des différents auteurs »²⁴⁴⁷.

582. L'insuffisance des propositions de réformes dans le cadre d'activités à risque. Que soit assurée la pertinence de ces propos ne libère cependant pas du doute quant à la suffisance de ces solutions dans le cadre d'accident résultant de l'exploitation d'activité à risque. L'exercice d'un recours subrogatoire s'y trouvera toujours confronté à l'inexistence d'une règle de responsabilité susceptible de le fonder adéquatement. Si cela constitue un argument de taille pour ceux qui restent convaincus qu'il convient de rétablir la place à la faute et de laisser une certaine place à l'erreur, l'argument n'est pas valable ici compte tenu de l'objet de notre propos. Comme déjà évoqué, la poursuite d'une activité présentant un risque tel le risque nucléaire de fusion ne laisse pas de place à l'erreur humaine quand ce sont les erreurs qui conduisent aux grandes catastrophes. Quant à la satisfaction tirée d'une enquête parlementaire, elle est somme toute ambivalente. Ce procédé peut certainement être bénéfique pour les victimes. Toutefois, cette enquête peut justement mettre en évidence ces erreurs ou ces comportements qui, sans constituer une faute au sens juridique du terme, sont susceptibles de raviver leur vindicte. Cela peut encore s'aggraver quand ces erreurs ou ces comportements ne seraient pas imputables à l'exploitant de l'activité en cause, mais à des tiers pour lesquels il est plus légitime de reconnaître ce droit à l'erreur. Ainsi, si les mécanismes d'indemnisation ont souvent été instaurés avec cette idée d'éviter aux victimes les contraintes procédurales d'un procès, leur incapacité à combler les attentes de celles-ci a participé à créer un mouvement de dérive vindicative. Matérialisant ce phénomène par lequel les victimes viennent rechercher une réparation morale, ce mouvement s'est opéré sur d'autres terrains que celui du droit civil ; des terrains inaptes à recevoir ce qui doit relever du droit de la responsabilité civile.

²⁴⁴⁴ Voy. T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, *op. cit.*, p. 217 en référence à Cass. avis, 13 novembre 2006, n° 06-00.011, *op. cit.* La systématisation des recours subrogatoires ayant déjà été évoquée *supra* § 1, B, § 2, nous savons qu'elle emporte l'adhésion d'une partie de la doctrine. Ainsi, pour M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation », *op. cit.*, §§ 42 et ss, ces pratiques permettent un financement de l'indemnisation et « assurent une fonction normative dans l'intérêt particulier de la victime (officialisation du statut de victime et recherche de la vérité à travers le procès), dans celui de l'auteur fautif (fonction d'éducation, de rétribution et de dissuasion) et dans l'intérêt social (régulation sociale des comportements, maintien de la paix sociale) ». La proposition de Thibaut LEULEU va néanmoins plus loin, car elle repose sur une véritable association de la victime à l'action subrogatoire et la reconnaissance de cette association dans la décision qui serait rendue devant le tribunal.

²⁴⁴⁵ Sur le problème du cumul d'action la note à la page ci-avant.

²⁴⁴⁶ Voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 386-387 dont les arguments relatifs à l'obstruction de l'instruction des demandes et les échanges d'informations qu'impliqueraient une telle systématisation ont déjà été exposé § 1, B, 2.

²⁴⁴⁷ *Ibid.*, pp. 305, 388.

583. L'incitation malheureuse à la recherche d'une responsabilité pénale. Évoquer une résurgence du droit pénal ne devrait pas surprendre. Les expériences sont nombreuses dans lesquelles l'existence d'un mécanisme d'indemnisation n'a pas empêché les victimes de se constituer partie civile pour provoquer une procédure pénale²⁴⁴⁸ ; une voie pour laquelle les victimes ne sauraient d'ailleurs être privées d'un intérêt à agir quand bien même elles auraient obtenu indemnisation d'un fonds²⁴⁴⁹. Ce n'est pas dire que le recours par la victime au droit pénal est contestable lorsqu'une infraction a été commise et, qu'indépendamment du besoin de pénalisation provoquant l'action publique, la gravité des faits motive l'envie tenace de voir le coupable condamné. D'ailleurs, l'on peut attribuer au procès pénal bien plus de vertu que la responsabilité civile dans son traitement de la « réparation morale ». La place (trop²⁴⁵⁰) importante étant accordée à la victime dans le procès pénal comme son caractère « cinégénique » peut d'ailleurs servir à objecter notre démonstration lorsqu'il est fait le constat d'un juge civil « hermétique » aux victimes. Pour cela, la doctrine a d'ailleurs parfois préféré la voie pénale à la voie civile dans l'étude d'une responsabilité du fait des activités à risque²⁴⁵¹. Pourtant, la responsabilité pénale ne peut et ne doit surtout pas être admise comme une forme de compensation à l'étiollement et à l'insuffisance de la responsabilité civile pour organiser la réparation des dommages de fusion nucléaire ou tout autre dommage résultant de la poursuite des activités à risque oubliées. Parce que, le principe de légalité des délits et des peines présente bien moins de souplesse que la responsabilité civile, les victimes pourraient ainsi vite se trouver frustrées dans leur vindicte par la rigidité de la matière, laquelle ne doit en aucun cas être dévoyée²⁴⁵². Ainsi, alors que leurs attentes envers le procès pénal sont souvent exacerbées, les sentiments des victimes n'ont pas été épargnés. Si

²⁴⁴⁸ Dans le cadre de l'affaire du sang contaminé, si des recours de droit commun ont été engagés (voy. Cass. crim., 22 juin 1994, n°93-83.900, *Bull. crim.* n° 248, p. 694 ; Cass. crim., 18 juin 2003, n°02-85.199, *Bull. crim.*, n° 127, p. 483), le scandale a surtout donné lieu l'affaire célèbre du sang contaminé devant la Cour de Justice de la République, instituée pour l'occasion, laquelle s'est soldée par la relaxe de certains prévenus et la dispense de peine d'autres : voy. Cour de Justice de la République, 9 mars 1999, n° 99-001. L'exposition à l'amiante a également pu être l'objet d'action dont certaines ont abouti (voy. CA Douai, 6 mars 2008, n° 07/02135 ; Cass. crim., 19 avril 2017, n°16-80.695, *Bull. crim.*, n° 107) et d'autres n'ont pas abouties. Tel est notamment le cas de l'affaire impliquant les salariés de l'AMISOL datant de plus de vingt ans qui a fait l'objet d'un non-lieu en 2018 : Cass. crim., 11 septembre 2018, n° 17-82588, *Inédit*. Une autre grande affaire (Everite) est en cours d'instruction, qui après avoir fait l'objet d'un non-lieu, a été rouverte le 23 mars 2021 après que la Cour de cassation a infirmé la décision de non-lieu. Un recours avait également été introduit devant la Cour de Justice de la République, lequel n'a néanmoins jamais abouti, ayant été classé sans suite. En matière pénale, on pensera également à l'affaire de l'Erika, qui en dépit de l'intervention du FIPOL, avait donné lieu à un grand procès pénal. Plus généralement sur ce constat voy. L. CADRET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit.*, pp. 495-510 ; D. SOULEZ-LARIVIÈRE, « De la victimisation et de nombreuses autres causes », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, pp. 27-41 ; J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 302-307 ; M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, sp. p. 753 ; T. LEULEU, *Essai de restructuration de la puissance publique*, *op. cit.*, pp. 236-237 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 188-189 ou encore C. CORGAS-BÉRNARD, « Propos introductif » in *Responsabilité civile et responsabilité pénale : regard croisé*, RCA, 2013, p. 7.

²⁴⁴⁹ Sur ce droit et ses limites voy. C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, *op. cit.*, pp. 159 et 242-246.

²⁴⁵⁰ Voy. sur les critiques à l'encontre de la place trop importante accordée aujourd'hui aux victimes dans le procès pénal : C. ELIACHEFF, D. SOULEZ-LARIVIÈRE, *Le temps des victimes*, Paris, Albin Michel, 2007, sp. pp. 197-199 ; J. BARBOT, N. DODIER, « Repenser la place des victimes au procès pénal », *RFDP*, 2014/3, pp. 407-433 ; H. DUFFULER-VIALLE, *La nouvelle place de la victime au sein du procès pénal, État de l'art des publications depuis les années 2000*, GIP, Droit et Justice, 2016, 127 p. ; J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? » in *Responsabilité civile et responsabilité pénale : regard croisé*, *op. cit.*, p. 9 et plus généralement C. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale – À la recherche d'une cohérence perdue*, thèse, Paris II, 2014, sp. pp. 173 et ss.

²⁴⁵¹ Voy. en ce sens C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, *op. cit.*, sp. pp. 207 et ss.

²⁴⁵² Voy. sur les limites opportunes du principe de légalité des délits et des peines et plus généralement sur les limites du rapprochement entre les deux responsabilités G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 197 et ss. Voy. ainsi dans le sens d'une distinction clairement établie entre les deux responsabilités et appliquée aux cas des activités anormalement dangereuses G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, *op. cit.*, sp. pp. 965 et ss.

le cas de l'accident de Tchernobyl est peu significatif sur ce point²⁴⁵³, l'exemple le plus prégnant est encore celui du volet pénal de l'affaire AZF engagé nonobstant l'allocation d'indemnités suivant le mécanisme transactionnel mis en place. Assurément, le procès a permis de retracer le scénario de l'accident et l'autorité absolue attachée à la chose jugée au pénal a permis de le fixer définitivement à l'égard des autres juridictions²⁴⁵⁴. Peut-être le procès ayant été entaché par un vice de procédure, le cas paraît exceptionnel que la décision finale n'ait été rendue qu'en 2017, et confirmée par la Cour de cassation en 2019, soit 18 ans après les faits. Mais outre cette douloureuse attente, ledit procès s'est conclu sur une note amère. En effet, seule la responsabilité pénale de l'ex-directeur de la société Grande Paroisse a été engagée, le Groupe Total ayant été mis hors de cause pour les faits lui ayant été reprochés concernant certaines décisions managériales de sécurité et de gestion des déchets²⁴⁵⁵. Une règle de responsabilité du fait des activités à risque prenant en considération le rôle *même non fautif* des sociétés mères aurait peut-être pu apporter plus de satisfaction aux victimes²⁴⁵⁶. Aussi, le moyen tant de satisfaire les victimes que d'éviter une dérive du droit pénal est de promouvoir une responsabilité civile forte. Le phénomène s'observe déjà d'ailleurs lorsque la dérive se traduit par une mise en cause de l'État, le rendant encore plus problématique.

584. L'incitation dangereuse à une mise en cause de la puissance publique. Les exemples sont encore nombreux dans lesquels les victimes n'ont pas entendu échanger leur indemnisation contre une irresponsabilité. Tant l'affaire du sang contaminé que celle de l'amiante constituent des exemples célèbres de ces affaires dans lesquelles « les victimes cherchent au moins autant une dénonciation des comportements qu'une indemnisation des préjudices subis »²⁴⁵⁷. Dans ces hypothèses, la recherche de la responsabilité de l'État n'avait cependant rien de surprenant tant il devait être assumé que les régimes d'indemnisation mis en place constituaient la « réaction d'une responsabilité administrative fautive » et le moyen d'obtenir une indemnisation qu'elles auraient « en tout état de cause » eue sur le terrain de la responsabilité²⁴⁵⁸. Si tel a également été le cas pour les essais nucléaires, quoique la responsabilité de l'État n'y ait jamais fait l'objet d'une reconnaissance aussi symbolique²⁴⁵⁹, il a surtout

²⁴⁵³ L'accident a donné lieu à un procès pénal, mais celui-ci est peu représentatif dès lors que l'action des victimes s'est heurtée à un problème de causalité plus que de qualification des faits : voy. sur cette affaire C. LACROIX, « Le nuage de Tchernobyl s'est arrêté aux frontières du droit pénal français », *D.*, 2013, pp. 218-222.

²⁴⁵⁴ Sur l'utilité de la chose jugée au pénal dans le volet administratif de l'affaire qui sera vu ci-après voy. C. HERMON, « AZF, la responsabilité de l'État engagée », *Environnement*, n°6, 2013, étude 15 ; G. DE LA TAILLE, « L'engagement de la responsabilité de l'État dans l'accident AZF », *AJDA*, 2013, p. 749.

²⁴⁵⁵ On notera d'ailleurs que ce résultat n'est pas exclusif de l'affaire AZF, les affaires évoquées note *supra* n'ayant montré qu'un nombre relatif des échecs auxquels ont pu aboutir la recherche sur le terrain pénal de la responsabilité de ceux impliqués dans des scandales sanitaires. Constatant ainsi que la voie pénale ne constitue pas la meilleure tribune pour la recherche d'une responsabilité dans le domaine des accidents médicaux voy. D. CARTRON, « Quelle place pour la victime d'un accident médical devant le juge pénal ? in *Responsabilité civile et responsabilité pénale : regard croisé*, *op. cit.*, p. 27 et ss.

²⁴⁵⁶ Sur la responsabilité des sociétés mères, voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²⁴⁵⁷ B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, Paris, LGDJ, 2007, p. 281. Voy. ainsi t CE, 9 avril 1993, *M.G., M.D., et M. et Mme B.*, *Rec. Lebon*, p. 110 concernant l'affaire du sang contaminé ; CE, 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/Mme Bourdignon, Cts Botella, Cts Thomas, Cts Xueref*, *Rec. Lebon*, pp. 125, 127 concernant le scandale de l'amiante ou encore CE, 9 novembre 2016, n° 393108, n° 393904, n° 393902 et n° 393926, *Lebon* concernant l'affaire du Médiateur alors que l'article 57 de la *Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finance publique rectificative pour 2011* avait ainsi institué un régime de garantie pour les victimes du Benfluorex par le biais de l'ONIAM.

²⁴⁵⁸ A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 239-240.

²⁴⁵⁹ Les essais nucléaires ont en effet donné lieu à quelques arrêts reconnaissant la responsabilité de l'État. Voy. pour une décision récente CAA Marseille, 6 avril 2021, n°1JMA00404 dans lequel les ayants droits d'un ancien militaire décédé d'un cancer du poumon ont obtenu réparation de leur propre préjudice après indemnisation du préjudice subi par la victime directe par la CIVEN. En revanche, et quoique que l'on ait pu

pu être observé dans le cadre de l'affaire AZF. L'enquête parlementaire ayant mis en exergue certaines défaillances de l'appareil étatique, la responsabilité pour faute de l'État s'est ainsi trouvée recherchée devant le juge administratif. Parce qu'il n'est pas encore le temps d'apprécier la solution restrictive y ayant été rendue par le Conseil d'État, on pourra simplement constater que la motivation d'une recherche de la responsabilité de l'État devait bien avoir été motivée par le rapport d'enquête parlementaire qui loin de constituer un frein à la dérive vindicative en a plutôt constitué un socle. Cela étant, et par-delà cette circonstance, ce recours à la responsabilité de l'État revêtait assurément une certaine banalité. La voie administrative constitue une voie privilégiée pour les victimes et les explications sont légion. En première ligne de la « résurgence sociale d'accusation »²⁴⁶⁰, l'État constitue un « bouc émissaire commode »²⁴⁶¹ par l'ambiguïté de sa position « qui consiste à concilier responsabilité sociale et stigmatisation d'une conduite »²⁴⁶² et qui permet d'y identifier un responsable qui « expiera, au nom de tous, les dommages ainsi causés »²⁴⁶³. Aussi, quand la responsabilité de l'exploitant ne pourra être recherchée, le poids de cette dernière sera reporté sur l'État. Il n'y a d'ailleurs là rien d'étonnant quand on repense aux justifications qui ont accompagné l'intervention de l'État dans le régime de responsabilité civile nucléaire²⁴⁶⁴. Partant, on peut tout à fait imaginer la vindicte que susciterait la survenance d'un épisode dommageable de fusion nucléaire, quand la responsabilité de l'État a déjà été recherchée dans le cadre de l'accident de Tchernobyl par des victimes exclues du bénéfice de la loi du 4 mars 2002²⁴⁶⁵. La voie serait grande ouverte à ce qu'il soit reproché à l'État d'avoir accepté que soit exercée sur son territoire cette activité nouvelle et sujette à contestation sans avoir prévu certaines mesures de dédommagement. Cela pourrait même encore être exacerbée si la réalisation du risque impliquait l'Organisation internationale ITER tant en raison des immunités internationales qu'elle pourrait opposer aux victimes qu'en raison de son caractère de projet international accueilli sur le territoire français²⁴⁶⁶. Mais alors que le droit français de la responsabilité administrative essuie déjà les vicissitudes de ce transfert et s'est trouvé transformé sous le poids de cette vindicte croissante, le message envoyé est dangereux. En sus d'obliger l'État à une obligation absolue de sécurité, il infantilise le premier responsable : celui qui exploite l'activité et qui est encore supposé en avoir la maîtrise et la meilleure connaissance, et donc celui auquel il devrait appartenir de prendre des initiatives sécuritaires au-delà des seuils prescrits par l'appareil étatique²⁴⁶⁷. Assurant la

affirmer le contraire, la responsabilité de l'État n'a jamais fait l'objet d'une reconnaissance officielle, et ce d'autant plus depuis que le Conseil d'État devait avoir confirmé en 2016 que le mécanisme repose bien sur la « solidarité nationale » : voy. CE, avis du 17 octobre 2016, n°400375 et pour une analyse critique H. ARBOUSSET, « Indemnisation des victimes d'essais nucléaires : une question de solidarité ? », act. Lextenso, 2017 et rapprochez T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, op. cit., p. 66 affirmant ici une responsabilité étatique.

²⁴⁶⁰ P. RICÉUR, « Le concept de responsabilité, Essai d'une analyse sémantique », op. cit., p. 41.

²⁴⁶¹ H. BELRHALLI, « La responsabilité administrative ici et ailleurs : passerelles, clefs et pistes », *RFAP*, 2013, n° 147, p. 571

²⁴⁶² A. FRANK, Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation, op. cit., p. 17.

²⁴⁶³ M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », op. cit., p. 745.

²⁴⁶⁴ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 2, § 1, B et § 2, A, 1, b.

²⁴⁶⁵ Ainsi, si l'affaire a donné lieu à un procès pénal, elle a également donné lieu à l'engagement d'une responsabilité administrative à raison de la carence fautive de l'État dans la gestion des conséquences de l'accident par des victimes s'étant vu refusé les bénéfices du système d'indemnisation prévu par la loi du 4 mars 2002 : voy. CAA Marseille, 5 novembre 2009, n° 08MA00174 ; CAA Paris, 19 mars 2008, n° 06PA0285.

²⁴⁶⁶ Il y aurait, en réalité, pour ce qui concerne les immunités matière à engager une responsabilité étatique subsidiaire comme on le verra *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²⁴⁶⁷ Sur ces prérogatives visant à dessiner les contours de la notion d'exploitant, voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

transition avec les développements à venir, l'intérêt apparaît ainsi de nouveau d'une règle de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion nucléaire.

585. Conclusion du § et de la Section. Arrivés au terme de cette étude consacrée à la dimension réparatrice d'une règle de responsabilité *même sans faute*, il est possible de confirmer qu'elle serait susceptible de montrer une fonction réparatrice supérieure aux mécanismes d'indemnisation. Tant le droit à la réparation qu'elle garantit que la réparation morale qu'elle encourage devraient justifier ainsi que son principe soit maintenu, mais plus encore étendu aux dommages résultant de l'exploitation d'activité à risque telle les activités de fusion nucléaire. Pour que soit néanmoins assurée une telle fonction, la règle de responsabilité reste soumise à certaines contreparties. D'abord, et pour assurer un droit à réparation pérenne, il faut que la règle puisse bénéficier d'une certaine souplesse. Ensuite, si la mise en œuvre de la règle de responsabilité permet en elle-même une réparation morale en raison de la légitimité qu'elle confère à la demande des victimes, la pleine satisfaction de ces dernières se trouvera également conditionnée à la qualité de l'instance qui accueillera leur souffrance. Enfin, il est une dernière condition laquelle n'a, en réalité, pas encore fait l'objet d'une étude approfondie : la question de la réparation dans son sens le plus usité, c'est-à-dire la compensation financière des dommages. L'on pourra imputer cette omission à l'évidence de cette fonction de la règle de responsabilité, qui en constitue *in fine* et également l'objet. L'absence temporaire du traitement de cette question fondamentale au sein de notre démonstration ne doit cependant rien à son évidence. Au contraire, elle se doit au fait qu'elle pourra en constituer la première limite. Comme celle des limites contingentes à la fonction préventive de la règle de responsabilité, son étude sera ainsi l'objet de développements ultérieurs. Poursuivant l'impulsion donnée par cette première *Section*, il s'agira encore de s'en tenir au constat de l'apport que pourrait représenter une règle de responsabilité du fait des activités à risque.

Si le présent propos a participé à montrer le bénéfice qu'apporterait cette règle apte à poursuivre les fonctions préventive et réparatrice attachées à l'institution en confrontant ce mécanisme à ceux lui étant étrangers, il s'agira désormais de réduire – ou d'élargir selon le point de vue – le champ de l'analyse. Par-delà l'intérêt qu'elle présente eu égard aux fonctions poursuivies par l'institution ou aux mécanismes existants hors responsabilité, l'apport d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque présenterait un apport également susceptible de se mesurer à l'aune du droit de la responsabilité pris dans sa globalité. Le prisme civiliste par lequel a débuté cette étude résulte moins d'un choix de notre part que du constat irréfragable selon lequel la responsabilité des exploitants constitue l'outil le plus adéquat pour réceptionner les dommages causés par les activités à risque telles les activités de fusion nucléaire. Dans l'hypothèse où l'on serait encore susceptible d'en douter, le propos qui suivra pourra participer à le démontrer en dernier lieu. Il conviendra en effet de montrer que la réception des mêmes dommages par les règles de responsabilité visant ceux qui ne sont pas directement créateurs du risque entraînerait des distorsions telles qu'il conduirait tout un chacun à conclure qu'il serait regrettable de se passer de cette règle de responsabilité. Plus qu'un outil concurrent, la règle de responsabilité est une occasion de rétablir un peu de cohérence au système de

la responsabilité et de renforcer les responsabilités de l'État qui sans être à l'origine du risque en constitue néanmoins un « contrôleur ».

SECTION 2. UN RENFORCEMENT COROLLAIRE DES RESPONSABILITÉS ÉTATIQUES

586. Une intervention protéiforme de l'État dans le domaine des activités à risque. S'il y a de nombreuses manières d'être cause d'une catastrophe et si « [l']on peut être le préparateur, le déclencheur, l'occasion ou le prétexte »²⁴⁶⁸, cette pluralité de causes pourrait être l'apanage de l'État. Dans la société du risque, ce dernier joue en effet un rôle moteur, omniscient et protéiforme. Il sera parfois, par lui-même ou par l'une de ses émanations, acteur principal du risque appelant à l'engagement éventuel de sa responsabilité du fait des activités à risque qu'il exploite directement²⁴⁶⁹. Bien souvent, la puissance étatique n'est cependant pas créatrice du risque. Il est simplement des activités, à l'instar des activités de fusion nucléaire, qui sont susceptibles de présenter un potentiel dommageable tel que l'État ne peut s'en désintéresser. Le risque réalisé ne laisse alors plus place au seul duo formé par la victime et le créateur du risque mais permet l'apparition d'un trio, voire d'un nouveau duo. L'État est en effet conduit à intervenir dans la réparation des dommages suivant diverses modalités. Il est tantôt simple gestionnaire d'une indemnisation et son seul débiteur en raison de la puissance de ses moyens financiers. Tel est le cas de certains fonds réputés fondés sur la « solidarité nationale » ou plus simplement le cas du régime de responsabilité civile nucléaire lorsqu'il intervient au-delà du *quantum* de responsabilité de l'exploitant nucléaire²⁴⁷⁰. Quelquefois, il se voit également transférer la dette d'une responsabilité qu'il avait en premier lieu imparfaitement transférée, comme cela est le cas lorsqu'il intervient au secours d'un concessionnaire d'ouvrage public insolvable²⁴⁷¹. Il est enfin des situations – parfois dissimulées par l'ombre de la première hypothèse – dans lesquelles l'État est juridiquement responsable car, bien que n'étant pas l'acteur principal du risque, il a participé à sa réalisation ou à la survenance du dommage subséquent. De longue date, il est en effet admis que l'État qui échoue à prévenir la réalisation d'un risque introduit par un tiers sur son territoire ou sa juridiction peut voir sa responsabilité engagée. Si cette hypothèse se vérifie que ce soit dans l'ordre juridique interne appelant une responsabilité administrative ou que l'on se trouve dans l'ordre juridique international appelant une responsabilité internationale, les évolutions de ces deux responsabilités ont cependant suivi des chemins très différents dans le domaine des activités à risque.

587. Les évolutions divergentes des responsabilités étatiques du fait des activités à risque. Dans l'ordre interne, parce que notre société n'admet plus le coup du sort ou la fatalité comme des causes légitimes de dommage, elle se caractérise par une exigence croissante de sécurité engendrant la conviction que l'État doit pourvoir à la compensation, non seulement des dommages qu'il a effectivement provoqués, mais encore de ceux qu'il n'a pas pu empêcher et, surtout, qu'il aurait dû

²⁴⁶⁸ M. A. DESCHAMPS, « Catastrophe et responsabilité », *Revue Française de Sociologie*, vol. 13, 1972, p. 379.

²⁴⁶⁹ Voy. sur l'hypothèse de la personne publique exploitante *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²⁴⁷⁰ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 1, B.

²⁴⁷¹ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 1, B, 1, b.

empêcher. Le juge est « impitoyable » pour l'État et « tout se passe comme s'il mettait à sa charge une obligation générale de sécurité envers les citoyens »²⁴⁷². À l'inverse, la responsabilité de l'État dans l'ordre juridique international a conservé une certaine stabilité. Fondée sur l'illicéité, principalement cantonnée aux relations interétatiques et obéissant à la logique volontariste du droit international public, elle n'a pas pu faire l'objet des mêmes dérives. Ce n'est pas dire que les activités à risque n'ont pas constitué le moteur d'une réflexion en ce sens lorsque l'ampleur nouvelle des dommages que les sociétés techniciennes devaient s'infliger comme prix d'une expansion économique s'est révélée dans ses véritables proportions. Parce qu'il est apparu peu « normal » que l'État ne prenne pas en charge les dommages causés par des activités poursuivies sur son territoire, des tentatives diverses ont émané pour renforcer la responsabilité internationale en matière d'activités à risque, lesquelles « ont eu naturellement pour cadre privilégié l'ordre juridique dans lequel l'État est perçu fondamentalement à raison de ses privilèges de souveraineté, c'est-à-dire l'ordre juridique international »²⁴⁷³. Elles ont d'ailleurs trouvé un certain écho dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire où, par-delà le débat concernant la limitation de la responsabilité de l'exploitant²⁴⁷⁴, le projet d'une convention internationale convoquant une responsabilité internationale étatique a été envisagée²⁴⁷⁵.

De ce constat découle le fait que les deux types de responsabilité n'auraient de prime abord pas vocation à entretenir les mêmes rapports avec une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion nucléaire. En droit interne, le report de la réparation des dommages ainsi causés sur la tête des exploitants pourrait permettre à la responsabilité administrative de consolider le fondement subjectif qu'elle avait tendance à délaissier. En abandonnant l'objectif de réparation, la responsabilité de l'État pourrait ainsi poursuivre une fonction préventive plus cohérente et opportune. Il est en effet une chose de dire que la responsabilité de l'État est trop aisément invoquée, il en est une autre de l'éluder totalement de l'équation. Si à la source les créateurs de risque négligent les intérêts de la Nation, « l'État doit être là : il doit contrôler, intervenir et, si nécessaire, sanctionner »²⁴⁷⁶. En droit international, la responsabilité de l'État suscite d'autres enjeux car la responsabilité de l'État n'est jamais apparue comme l'outil d'un déplacement de la charge de réparation. Est-ce à dire que l'influence de la règle de responsabilité civile à l'égard de ces deux responsabilités serait bien différente ? Certainement pas. Quoique montrant des problématiques de départ différentes, il apparaît que ces responsabilités ont bien plus en commun dans leurs rapports

²⁴⁷² D. TRUCHET, « L'indemnisation du risque en droit administratif », *Riséo*, 2013/2, p. 5.

²⁴⁷³ P.-M. Dupuy, « Le rôle de l'État dans l'indemnisation des dommages catastrophiques internationaux » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., pp. 219-220.

²⁴⁷⁴ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 1, b.

²⁴⁷⁵ Aux prémices de l'utilisation de l'énergie nucléaire, l'État était déjà apparu comme un responsable potentiel : voy. en ce sens L. SÉGUR, « Responsabilité et utilisation de l'énergie nucléaire », *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, n° 1-2, 1960, sp. p.8. Il a néanmoins été ravivé après l'accident de Tchernobyl. À ce moment, les rédacteurs de la Convention de Vienne de 1997 comme la doctrine se sont ainsi questionnés sur la possibilité d'envisager une responsabilité des États dans ce cadre. C'est ainsi que l'hypothèse d'une Convention visant à élargir la responsabilité civile nucléaire à l'État était initialement l'alternative envisagée à l'adoption du Protocole de 1997. Elle fut cependant abandonnée en raison de la concurrence de ce travail avec celui de la Commission du droit international : voy. *Textes explicatifs*, pp. 19, 27

²⁴⁷⁶ J.-F. COËNT, « Responsabilité de l'État qui n'exerce pas ses pouvoirs de polices des installations classées agricoles - Concl. sous TA Rennes, 2 mai 2001, *Suez Lyonnaise des eaux c/État*, n°97182 », *AJDA*, 2001, p. 593 qui à l'occasion de cette première affaire relative aux algues vertes avait ainsi relevé « leur culpabilité [les agriculteurs] est évidente mais ce n'est pas aujourd'hui leur procès. C'est l'État qui est visé. L'État se doit de veiller, au nom de l'intérêt général, sur les intérêts supérieurs de la Nation au nombre desquels se trouve la protection de l'environnement et de la santé. Si, à la source, les acteurs négligent ces intérêts, l'État doit être là : il doit contrôler, intervenir et, si nécessaire, sanctionner. Lorsque les acteurs de base ne se préoccupent pas d'environnement, l'État doit les y contraindre ! L'État doit les y forcer ! ».

avec la règle de responsabilité civile escomptée, dès lors que cette dernière pourrait tant participer à les renforcer qu'à permettre une répartition clarifiée des rôles incombant à chacun dans la gestion des risques.

588. Plan. Ainsi, alors que la règle de responsabilité du fait des activités à risque apparaîtrait comme un outil permettant à la responsabilité administrative de retrouver sa fonction d'antan et de rétablir l'État dans son rôle de contrôleur (§ 1), elle serait, pour ce qui concerne le droit international, un moyen de contribuer à son développement en permettant de favoriser une évolution marquée par la reconnaissance de cette distinction existant entre État assureur et État contrôleur (§ 2.).

§ 1. Une consolidation de la responsabilité administrative du fait des activités à risque

589. Le principe d'une responsabilité pour faute de l'administration. On l'aura compris, dans l'hypothèse visée, la responsabilité de la puissance publique ne pourrait ni s'assimiler à une garantie de l'exploitant ni se confondre avec l'hypothèse dans laquelle l'État, ou l'une de ses émanations, exploite directement l'activité à risque. Lorsque la responsabilité de l'administration apparaît comme la conséquence de la participation de l'administration à la réalisation du dommage causé par une activité exploitée par un tiers, cette responsabilité devrait être « complémentaire » par rapport à celle de cette dernière. Elle ne pourrait donc être recherchée que sur le fondement d'une faute en tant que fait générateur exorbitant. Plusieurs raisons expliquent ce choix. D'abord, la responsabilité administrative sans faute « sert à ne pas laisser sans réparation la victime d'un préjudice exceptionnel et manifestement choquant, mais insusceptible de réparation sur un autre terrain »²⁴⁷⁷. Elle présente dès lors un intérêt moindre lorsque la réparation est possible par d'autres voies : par exemple une règle de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque. Ensuite, laisser à la responsabilité sans faute de l'État une place excessive pourrait aboutir à une « déresponsabilisation préjudiciable à tous »²⁴⁷⁸. La responsabilité *même sans faute* de l'exploitant est en effet guidée par l'aspect préventif que revêt l'éventualité de supporter la charge de la réparation des dommages causés par son activité. Le report de cette charge sur la tête d'un acteur n'étant pas le créateur direct du risque en réduirait donc nécessairement l'impact. Frein intrinsèque à l'engagement de la responsabilité de la puissance publique²⁴⁷⁹, la responsabilité pour faute permet d'emblée de conserver l'équilibre entre le créateur direct du risque et celui qui aurait échoué à le réguler sans pour autant « confisquer » à l'excès la responsabilité du premier²⁴⁸⁰. Rappelant au souvenir de la responsabilité de l'État japonais dans le cadre de l'accident Fukushima, elle permet ainsi d'opérer une juste redistribution du risque entre les différentes parties prenantes à la poursuite d'activités telles que les activités de fusion nucléaire²⁴⁸¹. Enfin, il est le fort caractère stigmatisant que revêt la faute administrative. Lorsqu'il retient l'existence d'une faute, le juge ne devrait *a priori* pas le faire de manière anodine : la notion « n'est pas exempte,

²⁴⁷⁷ H. LEGAL, « Conclusion sur CE, 9 avril 1993, M. G., M. D. et M. B », RFDA, 1993, p. 583.

²⁴⁷⁸ Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, op. cit., p. 232.

²⁴⁷⁹ Voy. A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit., p. 77 ou M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, op. cit., p. 380.

²⁴⁸⁰ Voy. Y. GAUDEMET, « La responsabilité de l'État du fait de ses activités de contrôle » in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, sp. p. 566.

²⁴⁸¹ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

en matière administrative, de dimension subjective et morale, mais une morale institutionnelle et non individuelle »²⁴⁸². La faute servant l'exposition d'un « péché juridique », la fonction sanctionnatrice et pédagogique de la responsabilité y est mise en évidence au-delà de sa fonction de réparation²⁴⁸³. Pour ce qu'elle révèle de l'office du juge, la responsabilité pour faute ferait donc montre de sa pertinence à l'endroit de la poursuite des activités de fusion nucléaire dont l'État ne peut se désintéresser. Cela étant, l'emploi du conditionnel l'aura révélé, si ce choix de la responsabilité pour faute doit s'imposer en théorie, il ne le peut qu'au prix de quelques rénovations.

590. Les limites de la responsabilité pour faute de l'administration. Sans qu'il soit besoin de retracer la manière dont s'est opérée la réception du risque par le droit de la responsabilité administrative, on se bornera à rappeler qu'en dépit de quelques perturbations, l'essentiel du contentieux en la matière y est resté dominé par la faute²⁴⁸⁴. Outre que cette différence avec le droit civil peut s'expliquer par l'irresponsabilité qui dominait initialement la matière²⁴⁸⁵, il est surtout que, dotée d'un champ d'application quasi illimitée, la faute est restée un outil favorable aux victimes quand la responsabilité *même sans faute* a rapidement montré ses limites et sa « fonction sacrificielle »²⁴⁸⁶. Le phénomène qui s'en est suivi est d'ailleurs bien connu. Il découle en partie de l'empreinte laissée par la survenance des catastrophes sanitaires dont les solutions ont peiné à cacher de vrais cas de responsabilité pour faute et de la nature de la responsabilité administrative qui porte en elle-même cette ambiguïté qui consiste à concilier responsabilité sociale et stigmatisation d'une conduite. L'État est ainsi un responsable sacrifié auquel on a tenté d'attribuer la réalisation de tout évènement dommageable. Le

²⁴⁸² B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 1539.

²⁴⁸³ M. PAILLET, E. BREEN, « Faute de service. Notions », *JCL Administratif*, fasc. 818, 2011, § 50 ; H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2020, pp. 58, 161-162 et B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, op. cit., sp. Partie 1 ; L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, Economica, 1978, pp. 170-171 ; M. DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA*, 1995, p. 219 ; C. HERMON, « Entre victime, responsable et fautif, l'exigence d'une nouvelle équation, Propos sur la responsabilité administrative extracontractuelle », *RJO*, vol. 4, 1996, p. 468 ; M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, op. cit., pp. 379-386 ; C. GUETTIER, « Faute civile et faute administrative », *RCA*, n° 6, 2003, chron. 19, sp. §§ 45 et ss.

²⁴⁸⁴ Cela ne signifie cependant pas que la réception du risque ait été sans influence sur la responsabilité administrative, comme on le verra *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 1. Comme en droit civil, l'appréhension du risque s'y est manifestée par un déclin de la faute et surtout un recours croissant à l'indemnisation venu obérer les contours de la responsabilité administrative en sus de perturber la dualité juridictionnelle existante : A. DEMICHEL, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, p. 156 ; C. GUETTIER, « Responsabilité administrative et responsabilité civile : destins croisés » in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, op. cit., pp. 30-41 ; D. LOCHAK, « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative. À la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation » in *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, pp. 275-316. Cette influence de la « socialisation du risque » en droit administratif est ainsi le thème de nombreux travaux doctrinaux visant une restructuration de la matière : A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit. ; T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, op. cit., sp. pp. 3 et ss ; B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, 520 p. ; J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, op. cit. ; M-G. AHLIDJA, *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif français*, op. cit.

²⁴⁸⁵ Voy. J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, op. cit., sp. p. 464 ; L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, Economica, 1978, pp. 135 et ss ; M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, op. cit., p. 380 ou encore C. GUETTIER, « Faute civile et faute administrative », op. cit., sp. §§ 9 et ss.

²⁴⁸⁶ Sur ce propos de Christophe GUETTIER, voy. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 228 et ss. Ainsi, la responsabilité sans faute qui en droit administratif a fait l'objet d'une approche foisonnante, mais somme toute moins favorable pour les victimes. Elle apparaît davantage comme un moyen d'éviter de stigmatiser l'action administrative. Sur ce constat voy. C. GUETTIER, « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », *AJDA*, 2005, pp. 1499-1506 considérant notamment que la responsabilité sans faute a créé « des franchises de responsabilité pour l'administration » et évoquant l'idée d'une « responsabilité-prix » dans la même ligne que les célèbres mots de HAURIUO : « Qu'elle fasse mais qu'elle paie ! ». Dans le même sens M-G. AHLIDJA, *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif*, op. cit., pp. 33, 43 et plus avant F. GOLLARD, *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, thèse, Paris II, 1995, 389 p. ; F. LLORENS-FRAYSSÉ, « Le poids de la faute dans la responsabilité administrative », *Droits*, vol. 5, 1987, pp. 66-67 ou encore M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif*, op. cit., p. 380 relevant ainsi que « quelques soit les progrès [...] de la responsabilité sans faute, celle-ci demeure un assez maigre îlot au milieu de l'océan que figure à côté la responsabilité pour faute. A force de vanter les mérites – plus apparents que réels [...] – de la première, on aurait tendance à oublier de ce fait, têtue et incontestable : la victime a beaucoup plus de chance d'obtenir une indemnisation en établissant la faute du service public ».

droit de la responsabilité administrative a souffert de ces vicissitudes. D'un côté, « en faisant flèche de tout bois pour indemniser les victimes »²⁴⁸⁷, le juge administratif aurait transigé avec des conditions structurellement inadéquates à prendre en charge la réparation de certains dommages²⁴⁸⁸. Animé d'une volonté de réparation, il déforme à dessein dans une intention initialement louable d'adapter le droit à la modernité sociale. Le risque se confond avec la faute et tout se passe comme si l'on mettait à la charge de l'État une obligation sécurité-résultat²⁴⁸⁹. La « fonction assurantielle » de la responsabilité n'aurait ainsi cessé de s'élargir²⁴⁹⁰ et il en résulterait un étouffement du principe de responsabilité personnelle révélant incidemment son potentiel liberticide : la responsabilité de l'État ne pouvant *in fine* être retenue qu'au vu des pouvoirs qu'il détient²⁴⁹¹. D'un autre côté, des îlots d'irresponsabilité subsistent jetant le trouble sur la lecture de cette évolution²⁴⁹². Si de l'évolution constatée, il ressort ainsi que la responsabilité administrative oscille aujourd'hui entre le « trop » et « le trop peu », c'est que ses conditions – et surtout la faute – participent tour à tour à jouer le « rôle paradoxal de vecteur d'élargissement de la responsabilité tout en représentant l'une de ses limites les plus tangibles »²⁴⁹³. Or, au-delà des tensions et des contradictions engendrées, ces insuffisances et excès ont pour point commun de constituer une atteinte possible à l'efficacité d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque destinée à réceptionner le risque nucléaire de fusion.

591. Plan. Pour cela il s'agira dans un premier temps de montrer que les activités à risque, et plus particulièrement les installations classées, constituent le siège d'une approche oscillante de la carence fautive (A.). Il ressortira de cette étude que l'interprétation vacillante de la faute opérée par le juge en ce domaine ne serait que la conséquence d'une lecture initialement faussée des obligations incombant à l'État et dont la restauration permettra de présenter une définition clarifiée de la faute autorisée par la règle de responsabilité du fait des activités à risque (B.).

A. Un secteur sujet à une appréhension oscillante de la carence fautive

592. La pertinence de la limitation de l'étude au droit des installations classées. Bien que notre étude soit ici limitée à l'appréhension de la responsabilité de l'administration dans le cadre de ses activités de contrôle sur des activités à risque exploitées par des tiers, et principalement par le prisme de la carence fautive²⁴⁹⁴, il serait aussi vain que présomptueux de vouloir présenter exhaustivement le

²⁴⁸⁷ D. TRUCHET, « L'indemnisation du risque en droit administratif », *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁸⁸ Telle est l'hypothèse de départ de la thèse A. FRANK, *Le droit de la responsabilité à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*

²⁴⁸⁹ Rapprochez avec la théorie du risque-fautif telle qu'elle sera vu *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²⁴⁹⁰ Sur ce propos de Christophe GUETTIER, voy. P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, pp. 232 et ss et dans le même sens D. TRUCHET, « L'indemnisation du risque en droit administratif », *op. cit.*, pp. 3-8 ; C. GUETTIER, « Droit administratif, risques et responsabilité de la puissance publique » in *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Paris, PUF, 2007, p. 250 ; D. DE BÉCHILLON, « À propos des catégories du droit de la responsabilité » in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, *op. cit.*, p. 315 ; J-P. DUBOIS, « Responsabilité pour faute », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, 2021, §§ 48-51.

²⁴⁹¹ Voy. F. BOTTARO, *La réparation publique des dommages causés par une personne privée*, thèse, Paris II, 2004, p. 301.

²⁴⁹² Voy. A. JCUQUET-GAUCHÉ, H. BELRHALL, « Trop ou trop peu de responsabilité ? deux voix critiquent deux voies », *AJDA*, 2018, p. 2056.

²⁴⁹³ A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 335.

²⁴⁹⁴ La place de la carence fautive au sein du droit de la responsabilité est ancienne (voy. notamment CE, 26 avril 1918, *Gaillard, Rec. Lebon*, Ap. 395 ; CE, 18 juillet 1919, *Brunet, Rec. Lebon*, p. 650) et son objet ainsi que ses typologies sont vastes. Impliquant toutes les « obligations de faire » – pour reprendre l'expression de Gaston JÈZE – la carence peut ainsi concerner l'inaction, le retard à faire ou encore l'insuffisance de l'action. C'est même là, selon Didier TRUCHET, que la responsabilité administrative « se serait le plus largement déployée » : voy. G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public », *RDP*, 1905, p. 274 ; D. TRUCHET, « L'indemnisation du risque en droit administratif »,

contenu de la réglementation visant à appréhender les activités à risque. Une fois admis que l'on ne saurait se satisfaire à considérer que l'administration est tenue à une obligation générale de prévention, force est de constater « [qu']à mesure qu'elle retient son bras pour agir, l'administration multiplie les procédures pour contrôler »²⁴⁹⁵. De nombreux secteurs sont ainsi concernés par la « technocratie du risque »²⁴⁹⁶ offrant une réglementation abondante et, de l'aveu du Conseil d'État, peu lisible²⁴⁹⁷. Dans ce contexte, et au regard de l'objet de notre étude, il aurait été opportun d'étudier la réglementation en matière de sûreté nucléaire, laquelle s'applique aussi bien aux installations de fission qu'aux installations de fusion, en témoigne l'exemple d'ITER²⁴⁹⁸. Toutefois, et heureusement, l'industrie nucléaire ne connaît que peu d'exemples contentieux pertinents²⁴⁹⁹. Si l'accident de Tchernobyl a donné lieu à quelques instances évoquées *supra*, les rares arrêts ne sont pas suffisamment représentatifs du problème que suppose la gestion du risque par l'administration. Limités à une étude de la causalité sans véritable appréciation du comportement de l'État dans la gestion *ex post facto* d'un évènement nucléaire, ils témoignent davantage de la difficulté à établir le lien causal en matière de radioactivité²⁵⁰⁰. Cependant, la réglementation sur les installations classées autorise la comparaison et révèle assurément sa pertinence²⁵⁰¹. En effet, en raison des limitations du champ d'application de la responsabilité environnementale²⁵⁰², les victimes de dommages résultant de l'exploitation d'une installation classée ne bénéficient *de lege lata* d'aucun régime spécial de responsabilité²⁵⁰³. Comme cela pourrait être le cas pour les activités de fusion nucléaire, ces dernières sont ainsi davantage

op. cit., p. 5 ou encore P. MONTANE DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, thèse, Toulouse, 1948, 546 p. ; D. DORLENCOURT-DETRAGIACHE, *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, thèse, Paris II, 1972, 984 p. ; M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1990, pp. 195 et ss ; M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1980, pp. 315 et ss et B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, *op. cit.*, pp. 183 et ss. Dans le domaine des activités à risque, la responsabilité de l'administration sera donc principalement recherchée en raison d'une carence fautive pour deux raisons. D'une part, l'activité administrative est rarement dangereuse pour la santé ou la sécurité des administrés, sauf hypothèse envisagée *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 2. D'autre part, elle y est guidée par l'obligation de prévention qui incombe inexorablement à la puissance publique. « la première pour le pouvoir » (J-M. PONTIER, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 2003, p. 1753), celle qui justifie la vie en société et obligeant les dirigeants à « devancer la survenance des dommages susceptible d'atteindre la population » (A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 251).

²⁴⁹⁵ Y. GAUDEMET, « Responsabilité de l'administration et nouvelles activités de contrôle » in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, *op. cit.*, p. 247.

²⁴⁹⁶ M. DEGUERGUE, « Principe de précaution en droit administratif », *RIDC*, 2006, n° 2, p. 636 ; « Responsabilité sanitaire et responsabilité environnementale », *RDSS*, 2019, p. 135. Pour un panorama, voy. O. SORIA, *Droit de l'environnement industriel*, Grenoble, Presse universitaire de Grenoble, 2013, 566 p. ; V. SANSÉVÉRINO-GODFRIN, *Le cadre juridique de la gestion des pollutions et des risques industriels*, 2010, Paris, Lavoisier, 150 p.

²⁴⁹⁷ CE, *La prise en compte du risque dans la décision publique*, Paris, La Documentation française, 2018, p. 32.

²⁴⁹⁸ Voy. Décret n° 2012 du 9 novembre 2012 autorisant l'Organisation internationale ITER à créer une installation nucléaire de base dénommée « ITER », *op. cit.* ; L. GRAMMATICO, « Le réacteur expérimental international ITER : Quel droit applicable pour cet exploitant nucléaire de niveau international ? », *BDN*, vol. 84, 2009/2, pp. 119 et ss.

²⁴⁹⁹ Le contentieux relatif à la sûreté des installations nucléaires est principalement circonscrit à l'hypothèse de recours pour excès de pouvoir. Quant au recours en responsabilité extracontractuelle, il est principalement limité à des hypothèses relevant de la matière sociale, fiscale et médicale ou liées à des dommages permanents de travaux publics : voy. J-M. PONTIER, « Le contentieux du nucléaire devant le juge administratif » in J-M. PONTIER, E. ROUX (dirs), *Le contentieux du nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, pp. 85-116 ; R. GUEGEN, « Les statistiques du contentieux du nucléaire », *ibid.*, pp. 153-178.

²⁵⁰⁰ Voy. CAA Marseille, 5 novembre 2009, n° 08MA00174 ; CAA Paris, 19 mars 2008, n°06PA0285.

²⁵⁰¹ La réglementation sur les installations classées découle de la loi du 17 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes remplacée par la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement codifiée ensuite dans le *Code de l'environnement*, et depuis modifiée. Pour une approche générale du droit des installations classées voy. C. GABOLDE, « Installations classées pour la protection de l'environnement », *JCL Administratif*, fasc. 365, 2013 ; D. GILLIG, C. GRENET, « Création et fonctionnement des installations classées pour la protection de l'environnement autorisée ou déclarée », *JCL Environnement et Développement durable*, Synthèse, 2020 ; M. BEAUCOMONT, D. DÉPREZ, C. LONDON, *Le Lamy installations classées*, WolterKluwer, 2021 ; J. MAKOWIAK, « L'évolution du droit des installations classées pour la protection de l'environnement : entre tentation du libéralisme et renforcement des contraintes », *JCP A*, 2013, n° 4, étude 2015, pp. 1-9 et comparez, outre les publications périodiques spécifiques, avec M. MOLINER-DUBOST, « Nucléaire », *JCL Administratif*, fasc. 278, 2020, § 7.

²⁵⁰² Voy. *supra* Introduction § 21.

²⁵⁰³ Voy. *Code de l'environnement*, art. L162-2. Il convient par ailleurs de souligner que les installations classées font l'objet d'un contentieux spécial de pleine juridiction, mais ne concernant pas la responsabilité pour faute : voy. *Code de l'environnement*, art. L514-6 et S. R. MOUKOKO, *Le plein contentieux spécial des installations classées*, thèse, Université Paul Verlaine-Metz, 2009, 603 p.

encouragées à rechercher la responsabilité de l'administration si bien que de, pis-aller, le droit des installations classées est devenu l'objet d'un contentieux administratif important²⁵⁰⁴, vecteur d'interrogations victimistes. Il constitue donc un terrain propice à une étude sur les difficultés liées à l'identification de la faute en matière d'activité à risque, en témoigne principalement l'arrêt rendu en l'affaire AZF.

593. Plan. À dessein, il s'agira donc de focaliser l'étude sur le droit des installations classées *mutatis mutandis* applicable aux activités de fusion, par le prisme de l'affaire AZF (2.) dont l'étude commande préalablement de revenir rapidement sur les obligations incombant à l'administration en matière d'installations classées, aux fins d'établir le contexte de cette affaire (1.).

1. LE CONTEXTE JURIDIQUE DU VOLET ADMINISTRATIF DE L'AFFAIRE AZF

594. Plan. L'établissement du contexte juridique de l'affaire AZF constitue un prérequis obligé pour comprendre les difficultés qu'il a suscité. Il impose ainsi d'établir en premier lieu les obligations qui incombait à l'administration en matière d'installations classées, et dont le manquement révèle, par principe, l'existence d'une faute administrative (a.). Cela étant posé, il sera plus aisé d'apprécier les enjeux que suscitait le contentieux étudié (b.).

a. Le contexte lato sensu de l'affaire AZF

595. Plan. Si dans le cadre du contentieux étudié, la responsabilité de l'État était recherchée en raison d'une faute commise dans l'exercice de son pouvoir de police des installations classées, il faut encore, pour en comprendre les enjeux, être en mesure d'appréhender la notion en droit administratif. Par-delà l'identification des obligations qui sont susceptibles d'incomber à l'administration en matière d'installations classées (ii.), la définition de la faute constitue un préalable nécessaire à la compréhension du propos (i.).

i. La définition de la faute administrative

596. Le constat préalable de la faute comme la méconnaissance d'une obligation. Le but de cette étude est de permettre à la responsabilité administrative de retrouver sa « fonction prescriptive »²⁵⁰⁵ dans le domaine des activités à risque, afin d'assurer son articulation cohérente et pérenne avec la règle de responsabilité civile du fait des activités à risque appelées de nos vœux à l'endroit de la fusion nucléaire. À cette fin, la faute doit correspondre à la conséquence d'un comportement subjectif de l'administration dont tant l'appréciation intrinsèque que l'influence qu'elle a exercée sur les dommages allégués par les victimes soient autant que possible départies de compréhensions particulières à l'égard de l'administration ou à l'égard desdites victimes²⁵⁰⁶. Cette condition *sine qua*

²⁵⁰⁴ Voy. J-P. PAPIN, « La responsabilité de la puissance publique dans le contentieux des installations classées », *CJEG*, 1984, n° 394, p. 365 ; D. DEHARBE, *Le droit de l'environnement industriel, 10 ans de jurisprudence*, Paris, Litec, 2002, 416 p. ; X. VOLMERANGE, « La responsabilité de l'État en matière d'installations classées », *LPA*, 2002, n° 255, pp 4-9 ; J.-N. CLÉMENT, « Responsabilité pour faute de l'administration », *JCL Environnement et Développement durable*, fasc. 5020, 2020 ; J-P. DEMOUVEAUX, « Responsabilité en matière d'environnement », *JCL Administratif*, fasc. 865, 2020, sp. §§ 7 et ss ; M. BEAUCOMONT, C. LONDON, D. DEPRESZ, *Le Lamy installations classées, op. cit.*, §§ 1040 et ss.

²⁵⁰⁵ A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation, op. cit.*, p. 25.

²⁵⁰⁶ Voy. en ce sens J-F. COUZINET, « La notion de faute lourde en droit administratif », *RDP*, 1977, p. 283 qui relevait déjà cette exigence que la faute soit « appréciée en elle-même et non en fonction des conséquences dommageables qu'elle engendre »

non à l'édification d'un système juridique intelligible commande donc de s'intéresser à cette condition, catégorie juridique dont l'utilisation élastique par le juge ne peut que nuire à l'exigence de sécurité juridique²⁵⁰⁷. En effet, c'est parce que la faute apparaît, en droit administratif, comme une notion particulièrement « fuyante »²⁵⁰⁸ que la catégorie juridique a été utilisée comme un « instrument de politique jurisprudentielle »²⁵⁰⁹ dont l'affaire AZF s'est fait le témoin. Ainsi, quoique la jurisprudence du Conseil d'État fasse montre d'une certaine réticence à l'égard des « faiseurs de système », il est indispensable que la signification de la faute soit la plus claire possible. Le problème étant que ce caractère fuyant rend son appréhension délicate. Si la faute a résisté « face aux assauts de la socialisation du risque »²⁵¹⁰, la notion s'en est néanmoins trouvée obscurcie à un point tel que si l'on « aperçoit quand il y a faute de service », on ne sait pas « ce qu'elle est »²⁵¹¹. Dit plus simplement, la faute est indéfinissable²⁵¹². Au-delà des certitudes négatives, il est pourtant impossible de ne pas en proposer une définition. À cet égard, la définition la plus couramment référée reste encore la définition civiliste de PLANIOL, lequel définissait la faute comme le « manquement à une obligation préexistante »²⁵¹³. Il est donc possible d'affirmer que cet élément participe à circonscrire la notion, et ce nonobstant les critiques avancées à l'encontre de la référence à l'obligation dans la matière administrative. Une fois admis que l'obligation peut s'entendre *lato sensu* comme un devoir²⁵¹⁴, ces dernières ne trouvent cependant que peu d'écho²⁵¹⁵. En revanche, cette référence ne paraît pas suffisante parce que tout manquement à une obligation n'entraîne pas nécessairement une qualification fautive de la part du juge administratif.

²⁵⁰⁷ Voy. J. RIVÉRO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, sp. p. 100 soulignant que « l'individu ne se sent protégé par le droit, que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer ». Dans le même sens M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 679 ; D. DE BÉCHILLON, « À propos des catégories du droit de la responsabilité », *op. cit.* ; S. THÉRON, « Les catégories en droit administratif », *RRJ*, 2005, p. 2399 et rapprochez F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarque sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, 2005, p. 635.

²⁵⁰⁸ J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, 3e éd., Paris, PUF, 1996, p. 61.

²⁵⁰⁹ B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, *op. cit.*, p. 256 ; C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1996, p. 171 considérant que la notion « malléable à souhait » a permis « d'ouvrir et de freiner avec beaucoup de liberté l'octroi d'indemnité ».

²⁵¹⁰ D. LOCHAK, « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », *op. cit.*, p. 287.

²⁵¹¹ M. PAILLET, « Faute de service. Notions », *op. cit.*, § 65.

²⁵¹² Voy. B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, *op. cit.*, pp. 39 et ss.

²⁵¹³ Voy. pour exemple H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute de service public, étude jurisprudentielle sur la responsabilité de l'administration et de ses agents*, thèse, Paris, 1922, p. 217 ; J. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1957, p. 139 ; L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 5 ; M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 148 ; M. PAILLET, « Existe-t-il une responsabilité de droit commun ? », *op. cit.*, p. 98 ; J.-L. CORAIL, « La faute de service public considérée dans ses rapports avec les notions d'obligations et d'activité » in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 453 ; J.-P. DUBOIS, « La responsabilité pour faute », *op. cit.*, § 62 ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1539 ; B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 346-347 ; C. GUETTIER, « Faute civile et faute administrative », *op. cit.*, sp. § 28 ; H. BELRAHLI, *Responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 155 et ss et enfin R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001, n°1453 relevant qu'on « n'a pas fait mieux pour définir la faute ».

²⁵¹⁴ Que ce soit en droit civil ou droit administratif, la notion d'obligation n'est pas réductible à sa seule conception de *vinculum iuris* existant entre un créancier et un débiteur. Elle peut également, en dehors d'un rapport individualisé, faire référence à la notion de *devoir* entendu comme une norme de comportement : voy. en ce sens J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, vol. 44, 2000, pp. 179-194 ; B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 330-332 *contra* J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 7 et ss et rapprochez N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Paris, Ed. Paris-Assas, 2017, sp. pp. 338 et ss

²⁵¹⁵ Plus qu'une gêne née de l'usage de notion d'obligation, il existerait une difficulté à identifier les obligations préexistantes incombant à l'administration conférant ainsi au juge le pouvoir de déterminer un contenu relatif et contingent de ces dernières. Héritage des *dictum* des arrêts CE, 6 décembre 1855, *Rothschild*, *Rec. Lebon*, p. 707 et TC, 8 février 1873, *Blanco*, *Rec. Lebon*, p. 61, cette objection peut être relativisée dans le cadre de notre étude. Une « kyrielle d'obligations » (B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1539) pèsent aujourd'hui sur l'administration, notamment en matière d'activités à risque comme il le sera vu *infra*.

597. Le constat préalable de la faute comme la méconnaissance qualifiée d'une obligation. En effet, si l'on accepte que la détermination des obligations pesant sur l'administration *in abstracto* ne soit pas la véritable difficulté, c'est alors davantage celle de leur appréciation *in concreto* par le juge et la caractérisation de la faute résultant de leur manquement qui est plus problématique. Alors que l'identification d'une faute supposerait une simple mesure de l'écart entre le comportement réel de l'administration *in concreto* et le contenu des obligations qui lui incombaient dans les circonstances de l'espèce, la responsabilité administrative reste marquée par son caractère « ni général ni absolu », se modifiant suivant « la nature et les nécessités de chaque service »²⁵¹⁶ ou « les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »²⁵¹⁷. Encouragé à adopter une approche non standardisée, mais également différenciée de la faute, le juge l'aurait ainsi doté d'une plasticité telle que le manquement à l'obligation préexistante ne coïncide pas nécessairement avec la recherche d'une faute autorisant l'engagement de la responsabilité. Bien que l'on puisse voir cette variabilité comme la conséquence du fait que la faute ne serait qu'une condition de la responsabilité et le résultat d'une qualification juridique lié au constat potentiellement préalable de la méconnaissance d'une obligation²⁵¹⁸, il reste que la nécessité du détour interroge sur la lecture initiale des obligations susceptibles d'incomber, en premier lieu, à l'administration.

Ainsi, c'est en partant de cette définition duale qu'il s'agira d'éprouver les difficultés liées à l'identification de la faute en matière d'activités à risque. Si l'approche non standardisée et différenciée de la faute a laissé au juge une marge d'appréciation fonctionnelle, le contentieux en l'affaire AZF a largement participé à mettre en exergue toute cette ambivalence, au-delà de constituer la première grande catastrophe industrielle survenue sur le territoire dans laquelle la responsabilité de l'État français fut clairement mise en cause²⁵¹⁹. Pour ce faire, il conviendra cependant de revenir sur les obligations incombant *in abstracto* à l'administration en ce domaine, lesquelles sont peu ou prou comparables à celle existantes dans le secteur de l'industrie nucléaire, et donc à celles applicables aux activités de fusion nucléaire.

ii. La réglementation sur les installations classées

598. La réglementation comme siège d'obligations administratives. Le droit des installations classées présente cet avantage d'inscrire les obligations susceptibles d'incomber à l'administration en la matière. Suivant l'idée selon laquelle « dès lors qu'il existe une définition textuelle de l'obligation en fait aussitôt le repère *a contrario* de la faute éventuelle »²⁵²⁰, il est donc aisé d'identifier en premier lieu les prescriptions textuelles dont le manquement *in abstracto* serait susceptible de constituer un

²⁵¹⁶ CE, 6 décembre 1855, *Rothschild*, *Rec. Lebon*, p. 707 et

²⁵¹⁷ TC, 8 février 1873, *Blanco*, *Rec. Lebon*, p. 61,

²⁵¹⁸ Voy. B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 348 et ss pour qui l'ensemble de la responsabilité administrative reposerait sur un manquement à une obligation qu'elle soit recherchée pour faute ou même sans faute, la faute n'étant qu'une condition supplémentaire, mais non nécessaire.

²⁵¹⁹ En dehors de l'hypothèse de l'accident de Tchernobyl qui a donné lieu à un contentieux déjà évoqué, que ce soit pour la catastrophe de la Raffinerie de Feyzin ou pour celle du Port Édouard Herriot, la responsabilité de l'État n'a pas été véritablement recherchée. Quant à l'affaire du Barrage de Malpasset, la responsabilité de l'administration a été recherchée sur le terrain du droit des ouvrages publics et celle de l'État n'a pas abouti sur le terrain de la faute voy. CE, 28 mai 1971, n° 76207, *Malpasset*, *Rec. Lebon*, p. 414.

²⁵²⁰ J-P. DUBOIS, « La responsabilité pour faute », *op. cit.*, § 63 en référence notamment à CE, 26 novembre 2012, *Cne de Nogent-sur-Marne*, n° 347000, *Rec. Lebon*, T. 979

manquement à une obligation imputable à l'administration en la matière. Ainsi, si les installations classées partagent avec les installations nucléaires la particularité de faire l'objet d'une réglementation issue pour partie du droit international et surtout européen²⁵²¹, tel n'est pas leur seul point commun. Comme les activités nucléaires, les installations classées font également l'objet d'une police administrative spéciale de l'environnement relevant principalement du préfet²⁵²², mais dont les pouvoirs peuvent *mutatis mutandis* être comparés avec celles du ministre chargé du nucléaire et de l'Autorité de sûreté nucléaire²⁵²³. Chargé de garantir la protection des intérêts visés à l'article L511-1 du *Code de l'environnement*, le rôle du préfet est en effet double et mêlé, suivant une dichotomie connue des administrativistes, des activités de bureau et des activités de terrain. D'un côté, le préfet doit encadrer juridiquement le fonctionnement des installations classées de manière à préserver les intérêts susvisés²⁵²⁴. Pour cela, il assortit leur exploitation de prescriptions préalables spécifiques ; le régime le plus rigoureux étant à ce titre celui des installations classées « Seveso seuil haut » dont l'exploitation est subordonnée à une autorisation environnementale²⁵²⁵. *A posteriori*, notamment en présence de risque évolutif et nouvellement connu²⁵²⁶ ou pour la remise en état du site, il peut prescrire des mesures complémentaires²⁵²⁷. D'un autre côté, le préfet contrôle les conditions d'exploitation de l'installation classée par le biais d'inspections sur site, lesquelles sont susceptibles de déboucher sur des mesures temporaires ou permanentes, voire sur de véritables sanctions administratives. Le principe ne souffrirait ainsi aucune discussion : le préfet a l'obligation de s'assurer que les prescriptions liées à l'exploitation d'une installation classée sont respectées²⁵²⁸. Cela a d'ailleurs été rappelé à plusieurs reprises par le juge administratif, lequel n'a pas manqué de faire explicitement

²⁵²¹ Les sources de réglementation les plus importantes sont les directives Seveso ainsi nommées en référence à l'accident ayant motivé leur adoption : voy. sp *la Directive n° 2012/18/UE concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses* dite « Seveso 3 », transposée par les décrets n° 2014-284 du 3 mars 2014 modifiant le titre Ier du livre V du Code de l'environnement et n° 2014-285 du 3 mars 2014 modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement. On notera qu'il résulte de ce premier élément, une obligation non négligeable pour l'État : celle d'adopter les règlements permettant de garantir la transposition effective, diligente et complète de ces directives. Faisant application de l'article 288 TFUE et déduite de l'article 88-1 de la Constitution, cette obligation a été affirmée avec vigueur tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'État, et peut engager la responsabilité de l'État devant la Cour de justice de l'Union européenne. Ce rappel n'est pas inopportun dès lors que le manquement à cette obligation a été au cœur de l'abondant et célèbre contentieux relatif aux algues vertes : voy. parmi d'autres CAA Nantes, 1er décembre 2009, n° 07NT03775, *Halte aux marées vertes* ; CAA Nantes, 21 juillet 2014, n° 12NT02416, *M. Vincent P.* ; CJCE, 8 mars 2001, *Commission des communautés européennes c/France*, C-366/99 ; CJCE, 27 juin 2002, *Commission c/France*, aff. C-258/00 ; CJUE, *Commission c/France*, 13 juin 2013, aff. C-193/13.

²⁵²² Voy. CE, 29 mai 1985, n°44397, *Sté Sopa, Rec. Lebon*, p. 161. Ainsi, si le ministre de l'Environnement dispose d'un pouvoir réglementaire relativement aux prescriptions généralement applicables à certaines d'installations classées, l'individualisation des décisions relève irréductiblement du préfet : CE, 24 mai 1993, n° 113896, *Union des industries chimiques et a, T. Lebon* ; CE, 20 avril 2005, n° 246690, *Sté des sablières et entreprises Morillon-Corvol, Inédit*. Quant au maire, son pouvoir en matière d'installations classées est résiduel. Il ne peut interférer qu'en raison de son pouvoir en matière de police spéciale en matière de déchet (CE, 13 juillet 2007, n° 293210, *Commune de Taverny, Inédit* ; CE 17 novembre 2004, n° 252514, *Société Générale d'Archives, T. Lebon* ; CAA Marseille, 13 mars 2018, n° 17MA04122) ou encore lorsque l'implantation de l'ICPE influe sur le plan local d'urbanisme (CE, 4 décembre 1995, n° 128057, *Chambre d'agriculture de Mayenne, T. Lebon*). Il peut enfin utiliser son pouvoir de police générale en cas de péril grave et imminent, comme il le sera vu *infra*.

²⁵²³ Voy. CE, 10 mars 2004, n°254788, *Assoc. Promouvoir, Rec. Lebon*, p. 798 et CE, 11 avril 2019, n° 413548, *Greenpeace France, op. cit.*

²⁵²⁴ Voy. CE, 20 mars 1970, *Glais, Rec. Lebon*, p. 215 ; CE, 18 décembre 1987, n° 68-821, *Reulet, Inédit* ; CAA Bordeaux, 20 avril 1994, n°92BX01168, *Doublet* ; TA Strasbourg, 11 avril 2000, n° 8822, *Ville Amsterdam*.

²⁵²⁵ Voy. *Code de l'environnement*, art. L512-1. D'autres installations sont subordonnées à une simple déclaration ou à autorisation simplifiée, lorsque ces dangers et inconvénients peuvent en égard aux caractéristiques des installations et de leur impact potentiel être prévenus par le respect de prescriptions générales édictées par le ministre chargé des installations classées : voy. D. DEHARBE, « Installations classées soumises à autorisation », *JCL Environnement et Développement durable*, fasc. 4012, 2021 ; « Installations classées soumises à enregistrement », *JCL Environnement et Développement durable*, fasc. 4015, 2021 ; F. BRAUD, A. MOUSTARDIER, « Installations classées soumises à déclaration », *JCL Environnement et Développement durable*, fasc. 4014, act. 2021 et comparez avec M. MOLINER-DUBOST, « Nucléaire », *op. cit.*, §§ 90 et ss.

²⁵²⁶ Voy. *Code de l'environnement*, art. L514-7.

²⁵²⁷ Voy. sur les prescriptions complémentaires F. BRAUD, « Fonctionnement des installations classées », *JCL Environnement et Développement durable*, fasc. 4016, 2020, et rapprochez sur les pouvoirs de l'ASN avec M. MOLINER-DUBOST, « Nucléaire », *op. cit.*, §§ 33 et ss. Sur la remise en état voy. D. DEHARBE, Y. BORREL, « Installations classées pour la protection de l'environnement – Obligation de remise en état », *JCL Environnement et Développement durable*, fasc. 4020, 2021, et rapprochez pour les obligations relatives au démantèlement des installations nucléaires avec M. MOLINER-DUBOST, « Nucléaire », *op. cit.*, §§ 128 et ss.

²⁵²⁸ Voy. en ce sens H. GROUD, « Réflexions sur le contrôle des installations classées. À propos de la jurisprudence récente », *AJDA*, 2005, p. 1492.

référence à « l'obligation d'assurer le respect de la législation sur les installations classées »²⁵²⁹. A cette fin, le préfet dispose de prérogatives dérivées. Il en va ainsi de celles qui se trouvent aux articles L171-7 et L171-8 du Code de l'environnement. Aux termes de ces articles, le préfet est en effet tenu de réagir lorsqu'une installation fonctionne sans agrément adéquat ou en violation des prescriptions applicables. Il doit ainsi mettre en demeure l'exploitant de régulariser sa situation. Il s'agit là d'une compétence liée de ce dernier. Une fois cette condition légale satisfaite, il ne dispose d'aucune marge d'appréciation²⁵³⁰. Il peut ensuite, à l'expiration du délai fixé par la mise en demeure, prendre une série de mesures à l'encontre de l'exploitant n'ayant pas obtempéré. S'il s'agit là d'une compétence discrétionnaire, car il est libre dans ses modalités d'actions, il reste néanmoins contraint de prendre des mesures adéquates²⁵³¹.

599. La réglementation comme repère *a contrario* d'une carence éventuelle. Il ressort ainsi que l'exercice de ces différents pouvoirs n'est pas un privilège pour le préfet : c'est un devoir, et pour certain, « une application particulière du principe général selon lequel l'autorité administrative a l'obligation de prendre les mesures nécessaires à l'exécution des lois et des règlements »²⁵³². Lorsque l'administration y renonce, elle « faillit à sa mission »²⁵³³. Dit autrement, cela signifie que l'administration n'est pas seulement tenue de respecter elle-même les lois et les règlements applicables en matière d'installations classées²⁵³⁴, elle doit aussi les faire respecter et « en tirer tout l'effet, y compris lorsque cela implique davantage de contrôle [...] ou l'adoption de mesures positives »²⁵³⁵. Oscillant donc entre respect de la légalité et fonctionnement du service public, la carence fautive s'y appréhenderait *in fine* « comme le manquement à l'obligation préexistante dont la règle domine [son] fonctionnement »²⁵³⁶ : ici, la préservation exclusive des intérêts mentionnés à l'article L511-1²⁵³⁷.

²⁵²⁹ CAA Paris, 29 décembre 1992, n° 91PA00556, *Association de défense de la qualité de vie à Bondy*. Dans le même sens voy. CAA Paris, 21 janvier 1997, n° 94PAPP119, *Commune de Saint-Chéron* rappelant « l'obligation d'assurer le respect de la législation en vigueur ». Pour le Conseil d'État, bien que ne faisant pas expressément référence à « l'obligation » voy. CE, 11 juillet 1986, n° 61719, *Ministre de l'Environnement c/M. Michallon* ou encore CE, 5 juillet 2004, n° 243801, *Lescure, T. Lebon*.

²⁵³⁰ Sur le fondement de la loi de 1917, la compétence du préfet était discrétionnaire : voy. not. CE, 27 juin 1947, *Sieurs Leplus et Henneguet et Delle Depaeppe, Rec. Lebon*, p. 291 ; CE, 22 janvier 1965, *Consort Alix, Rec. Lebon*, p. 44 ; CE, 2 juillet 1971, n° 78478, *Société Sodeter, T. Lebon* ou encore CE, 15 février 1974, *Ministre du Développement industriel et scientifique c/Sieur Arnaud, Rec. Lebon*, p. 115. Le préfet se trouvait ainsi en situation de compétence liée si et seulement si l'établissement fonctionnant sans autorisation et n'était pas susceptible d'être autorisé : CE, 16 novembre 1962, *Société industrielle de tôlerie et d'usinage mécanique, Rec. Lebon*, p. 608. Il a ensuite été admis sur le fondement de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 et des anciens articles 514-1 et 514-2 du Code de l'environnement, que le préfet était obligé de mettre en demeure les exploitants irréguliers : CE, 11 juillet 1986, *ministre de l'Environnement c/Michallon, op. cit.* ; CE, 1er juillet 1987, n° 69948, *Hardy, Rec. Lebon*, p. 243 ; TA Strasbourg, 25 mars 1997, n° 95745 et 95916, *Préfet du Bas-Rhin* ; CE, 9 juillet 2007, n° 288367, *Société Terrena, T. Lebon* ; CE, 12 janvier 2009, n° 306194, *MEDAD, T. Lebon* ; CE, 14 novembre 2008, n° 297275, *Sté Soferti, Rec. Lebon*, p. 420 ou encore CAA Bordeaux, 21 novembre 2019, n° 17BX03130 ; CAA Nantes, 7 février 2020, n° 18NT03524.

²⁵³¹ Voy. CE, 22 mars 1978, n° 4505, *Sieur Brelivet* : « le préfet, qui conserve le choix des moyens à employer pour assurer l'exécution de la loi, est tenu en l'absence de circonstances exceptionnelles, de prendre les mesures adéquates pour mettre fin à une situation irrégulière ». Dans le même sens CAA Paris, 21 janvier 1997, *Commune de Saint Cheron, op. cit.* ; CE, 26 novembre 1975, *Dugenes, op. cit.* ; CAA Nantes, 7 février 2020, *op. cit.* ou encore CAA Nancy, 22 octobre 2007, n° 06NC00161, *Boisseau* retenant la faute du préfet ayant fait le choix de préférer le dialogue avec l'exploitant « eu égard aux emplois concernés dans un secteur difficile ».

²⁵³² P. BON, « Police municipale : principes de fond », *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n°2220, 2019, §§ 5 et ss, sp. § 18.

²⁵³³ R-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de la chose décidée*, Paris, LGDJ, 1969, p. 63.

²⁵³⁴ Le principe est bien admis que toute illégalité est fautive pour autant qu'il en résulte un préjudice direct et certain : voy. CE, 26 juin 1973, n° 84768, *Driancourt, Rec. Lebon*, p. 78 et CE, 30 janvier 2013, n° 339918, *Imbert, Rec. Lebon*, p. 9. Appliqué au droit des installations classées, voy. CE, 26 novembre 1975, *Dugenes, op. cit.* ; CE, 1^{er} mars 2013, n° 347126, *Sté Immobilière du Saule Balance, Inédit* ou encore CE, 20 janvier 1989, n° 83623, *Arbet, T. Lebon*.

²⁵³⁵ J. BÉTAILLE, « L'ours dans les Pyrénées : la carence fautive de l'État dans la mise en œuvre de la directive Habitats », *AJDA*, 2018, p. 2344.

²⁵³⁶ H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute de service public, étude jurisprudentielle sur la responsabilité de l'administration et de ses agents, op. cit.*, p. 219 et dans le même sens B. DELAUNAY, *La faute de l'administration, op. cit.*, pp. 190-191.

²⁵³⁷ Ces derniers étant les seuls qu'il doit, en principe, chercher à protéger : voy. en ce sens CAA Paris, 27 septembre 2018, n° 17PA0121.

Cette interprétation ne résiste cependant pas toujours à l'interprétation du juge. En effet, quoique les obligations textuelles établies puissent constituer le repère *a contrario* d'une faute de l'administration, l'établissement de cette dernière suppose encore que le juge mesure à cette aune les actes de celle-ci. C'est alors à ce stade que la lecture se brouille, le passage du manquement à la qualification fautive pouvant s'avérer équivoque, en témoigne notamment le contentieux lié à l'affaire AZF dont il conviendra désormais de rappeler le contexte *stricto sensu*.

b. Le contexte stricto sensu de l'affaire AZF

600. Les faits de l'affaire. Une explosion est survenue le 21 septembre 2001 sur le site de l'usine « Azote Fertilisants » exploitée par la société Grande Paroisse, filiale du groupe Total. Ayant causé la mort de 31 personnes, près de 2500 blessés et d'importants dégâts matériels, l'accident fait l'objet d'une enquête parlementaire et d'une enquête pénale diligentée par les juges d'instruction de Toulouse. Au terme de ces dernières, il apparaît que l'explosion, survenue dans le bâtiment 221 du site, a trouvé sa cause dans le transfert et le stockage en son sein d'un mélange d'ammonitrates et de dérivés chlorés préalablement opéré par négligence. Or ce bâtiment faisait montre d'un défaut d'organisation et de propreté qui l'avait rendu particulièrement humide. En raison de cette humidité, mais également des diverses matières organiques présentes sur le sol délabré et d'une quantité bien supérieure aux normes en vigueur de nitrate, les matières préalablement mélangées sont entrées en réaction et ont causé une forte explosion²⁵³⁸. Ces divers dysfonctionnements, mis en évidence dans le volet pénal de l'affaire, ont révélé « une négligence coupable » incombant au premier chef à l'exploitant. Dans le même temps, l'enquête aurait fait montre des carences de l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de police des installations classées.

601. Le volet administratif de l'affaire. Certes, aucun lien ne pouvait être établi entre l'État et le mélange chimique opéré en premier lieu, lequel n'aurait d'ailleurs jamais dû avoir lieu si l'exploitant n'avait pas officieusement modifié ses pratiques²⁵³⁹. Néanmoins, le site était classé « Seveso, seuil haut » et avait fait, en application de l'article L512-1 du Code de l'environnement, l'objet d'une autorisation et de prescriptions de fonctionnement. La réglementation applicable aurait cependant été entachée de quelques irrégularités notamment eu égard au bâtiment 221²⁵⁴⁰. En effet, ce dernier n'avait pas été visé par l'autorisation et les prescriptions de fonctionnement initiales concernant le stockage d'ammonitrates. Les risques liés aux ammonitrates, connus et bénéficiant par ailleurs de plusieurs années d'expérience, avaient commandé une étude de danger réalisée en 1990 et des prescriptions spécifiques. Toutefois, la réglementation de l'époque visait spécifiquement le tonnage important d'ammonitrates aux normes. Les contraintes étaient ainsi moins importantes pour les ammonitrates au rebut tel que stockées dans le bâtiment 221. S'il s'agissait déjà là d'un défaut de la réglementation

²⁵³⁸ Voy. Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur* par M. François LOOS et M. Jean-Yves LE DÉAUT, n°3559, 29 janvier 2002, pp. 11 et ss et CA Toulouse, 24 septembre 2012, n°2012/642, 684 p.

²⁵³⁹ Voy. CAA Bordeaux, 24 janvier 2013, n°10BX02881, *Époux Molin*, cons. 11.

²⁵⁴⁰ D'autres carences ont également été alléguées, notamment la transposition incomplète et tardive de directives européennes pertinentes telle que la directive Seveso II et la directive 87/216/CEE modifiant la directive CEE 82/591 réglementant les nitrates d'ammonium, mais sur lesquelles il ne sera pas question de revenir car n'ayant que peu retenu l'attention des juges.

initiale²⁵⁴¹, il reste que de nouvelles prescriptions sur le stockage d'ammonitrates avaient été fixées par un arrêté préfectoral du 18 octobre 2000 exigeant de l'exploitant qu'il réalise deux nouvelles études de dangers, dont l'une aurait dû englober le bâtiment 221²⁵⁴². Or, l'administration ayant accordé un délai supplémentaire à l'exploitant pour rendre ces études, l'une au moins (celle concernant le stockage d'ammonitrates) ne lui avait pas été communiquée lors de l'accident. Par ailleurs, des carences se seraient manifestées au stade du contrôle sur le terrain de l'installation. Conséquence contingente du défaut de réglementation allégué, le site aurait fait l'objet de onze visites sur les six dernières années dont aucune n'aurait concerné le bâtiment 221, de telle sorte que l'administration n'avait pas pu constater la défaillance de l'exploitant. Autrement dit, et conformément à l'exposé des obligations exposées *supra*, un manquement du préfet à deux de ses obligations principales était en jeu : celle de prescrire des mesures suffisantes à protéger les intérêts visés à l'article L511-1 du Code de l'environnement, et celle de veiller de façon permanente à leur respect. Dans ce contexte, des riverains de l'usine ont donc engagé la responsabilité de l'État devant le tribunal administratif de Toulouse. Les faits n'ayant cependant pas été clairement établis à cette époque, leur demande fut rejetée, le juge ayant conclu à l'existence d'un cas fortuit. Au stade de l'appel, la donne avait cependant radicalement changé, les faits, établis entre temps au pénal, étant porteurs d'une autorité absolue²⁵⁴³. Partant, la situation a donné lieu à une interprétation *in concreto* versatile des obligations qui incombaient à l'administration et dont le non-respect aurait constitué le siège de la carence fautive de l'administration.

2. LE TRAITEMENT JURIDIQUE DU VOLET ADMINISTRATIF DE L'AFFAIRE AZF

602. Plan. Parce que l'affaire AZF a fait l'objet d'une appréhension particulièrement rigoureuse par le Conseil d'État, d'aucuns ont pu considérer que ce dernier aurait redéfini les obligations incombant à l'administration pour rechercher une faute lourde sans en dire le nom (a.). Il s'agira cependant de montrer que ces critiques relèvent d'un faux-semblant interrogeant, finalement et paradoxalement, sur l'opportunité du raisonnement de la Cour d'appel de Bordeaux (b.).

a. Une versatilité expliquée par l'appréciation du standard de la faute

603. Des argumentations différenciées sur la question du défaut de contrôle. Si de façon quelque peu surprenante, à aucun moment, devant la Cour d'appel de Bordeaux et ensuite devant le Conseil

²⁵⁴¹ Voy. *Code de l'environnement*, art. R512-6-II et R512-32 (abrogés) et S. EDLINGER, C. HUGLO, « Au-delà de l'arrêt du Conseil d'État sur l'affaire AZF, nouvelle réflexion sur la responsabilité », *Énergie, Environnement, Infrastructure*, n°3, Mars 2015, comm. 27.

²⁵⁴² Deux nouvelles études de danger avaient été demandées à l'exploitant lors de l'arrêté préfectoral du 18 octobre 2000 aux fins de compléter l'étude de 1990 : l'une devait porter sur le site entier et l'autre concernait spécifiquement le stockage d'ammonitrates en vrac. Ainsi, l'une aurait dû viser le bâtiment : voy. en ce sens Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur* par M. François LOOS et M. Jean-Yves LE DÉAUT, *op. cit.*, p. 12 et X DE LESQUEN, « Accident de l'usine AZF : dans quelles conditions la responsabilité de l'État aurait-elle pu être recherchée - Conclusions sur CE, 17 décembre 2014, n° 367202, *Époux Molin* », *BDEI*, 2015, n° 55, p. 9, § XI et pour un regard plus nuancé S. EDLINGER, C. HUGLO, « Au-delà de l'arrêt du Conseil d'État sur l'affaire AZF, nouvelle réflexion sur la responsabilité », *op. cit.* doutant du fait que ces études aient visé le bâtiment 221.

²⁵⁴³ Voy. CE, 23 novembre 1964, *Consorts Lefèvre, Rec. Lebon*, p. 665 ; CE, 29 mai 2009, n° 319334, *Commune de Ligné, T. Lebon* ; G. DE LA TAILLE, « L'engagement de la responsabilité de l'État dans l'accident AZF », *op. cit.*, p. 749 ; C. HERMON, « AZF, la responsabilité de l'État engagée », *Environnement*, 2013, étude 15. Cela n'est pas remis en cause par le fait l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse ait par suite été cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 janvier 2015, n°12-87.059.

d'État, la responsabilité de l'État n'a été sérieusement envisagée du fait de son activité réglementaire, c'est que c'est principalement sur la question du contrôle et de l'inspection du bâtiment 221 que s'est portée l'attention des juges²⁵⁴⁴. Pour les juges de la Cour d'appel de Bordeaux, les services de l'État n'avaient « pas détecté » ou s'étaient « abstenus de sanctionner les défaillances visibles et prolongées de l'exploitant sur le site ». Certes, l'État n'était pas responsable pour le mélange opéré en premier lieu lequel constituait « une opération exceptionnelle ». Toutefois, « l'existence même de ces modes irréguliers de stockage de produits dangereux dans le bâtiment 221 [...] révéllait une carence des services de l'État dans leur mission de contrôle de cette installation classée ». Ainsi, alors que la question des études de danger semblait consister pour le juge une circonstance n'apportant pas la preuve contraire de ce défaut de contrôle, la Cour concluait finalement sur le seul constat de ces irrégularités durables et suivant un raisonnement *res ipsa loquitur* (« la chose parle d'elle-même ») à l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État²⁵⁴⁵.

Au stade de la cassation, la position adoptée par le Conseil d'État a été radicalement différente. Refusant pour sa part de déduire l'existence d'une faute de la réalisation d'un trouble, celui-ci a souligné qu'il appartenait aux services chargés du contrôle « d'adapter la fréquence et la nature de ses visites à la nature, la dangerosité et à la taille de ces installations » et a ainsi considéré que les obligations incombant à l'administration devaient s'apprécier en tenant compte des informations dont elle pouvait disposer quant « à l'existence sur facteurs de risques particuliers affectant les installations ou d'éventuels manquements commis par l'exploitant ». Pour ces raisons, les inspections s'étaient concentrées sur les installations considérées comme étant « intrinsèquement les plus dangereuses », et ce dès lors « [qu'] aucun élément ne permettait d'identifier ce bâtiment comme recelant une particulière dangerosité ». L'étude de danger réalisée en 1990 avait, en effet, écarté tout risque d'explosion et l'administration n'avait pas été « alertée sur une méconnaissance des prescriptions réglementaires dans cette installation ». Partant, le Conseil d'État a conclu à l'absence d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État²⁵⁴⁶. Cela n'a pas été sans déclencher quelques critiques, la décision du Conseil d'État ayant été cyniquement qualifiée « [d']explosive »²⁵⁴⁷. En l'absence de contestation factuelle, c'est effectivement la versatilité des positions entre les deux cours qui a soulevé le plus de questionnements. D'aucuns ont ainsi reproché au Conseil d'État d'avoir recherché l'existence d'une faute lourde sans l'assumer.

604. Une argumentation du Conseil d'État cachant la recherche d'une faute lourde ? La faute lourde a longtemps été l'exemple topique de la variation de l'interprétation opérée *in concreto* par le juge parce qu'elle constitue une appréciation renforcée de la méconnaissance d'une obligation. Le juge,

²⁵⁴⁴ Les juges ont incidemment écarté l'argumentation des requérants sur ce point, considérant soit l'absence d'un lien de causalité soit le fait que les diverses prescriptions arrêtées en dernier lieu auraient été correctement édictées. Autrement dit, pour les juges, les prescriptions techniques annexées à l'arrêté préfectoral du 18 octobre 2000 comportaient bien des prescriptions précises concernant le stockage d'ammonitrates, qu'il s'agisse de l'organisation ou l'entretien du bâtiment, de la procédure et du suivi du stock de déchets ou des consignes au personnel. Quant à la question des études de danger, elle n'a été qu'incidemment appréciée, cela au travers d'une appréciation principalement portée sur la question du contrôle et de l'inspection du bâtiment 221.

²⁵⁴⁵ CAA Bordeaux, 24 janvier 2013, n°10BX02881, *op. cit.*, cons. 8, 11.

²⁵⁴⁶ CE, 17 décembre 2014, n° 367202, *op. cit.*, cons. 7.

²⁵⁴⁷ A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « AZF : une décision explosive », *AJDA* 2015, pp. 592-596.

lorsqu'il exige une faute lourde, considère que le manquement à l'obligation préexistante doit montrer une certaine intensité, un certain degré de gravité²⁵⁴⁸. Faisant bénéficier d'un côté l'administration d'un « espace d'irresponsabilité »²⁵⁴⁹, mais renforçant de l'autre sa fonction prescriptive par la mise en lumière d'un comportement inexcusable²⁵⁵⁰, c'est au cas par cas et selon la difficulté de l'activité litigieuse que le juge a ainsi modulé la responsabilité de l'administration en atténuant ou renforçant son irresponsabilité²⁵⁵¹. Source d'une rigueur de « peu d'harmonie avec le climat juridique actuel où l'intérêt des victimes et la volonté de les indemniser le plus largement possible pèsent d'un poids de plus en plus lourd »²⁵⁵², d'une ambiguïté et d'une incertitude certaine²⁵⁵³, l'histoire de la faute lourde est devenue celle de son recul. Certains ont néanmoins regretté que l'impact de ce recul ait pu être sous-estimé dès lors qu'il se serait accompagné d'un risque : celui dans lequel serait recréé un « système binaire par lequel la faute lourde est remplacée par la faute simple et la faute simple par l'erreur ou le manquement non fautif »²⁵⁵⁴. Autrement dit, le juge administratif estimant « inopportun ou inéquitable » que la responsabilité soit reconnue en raison de la faute simple qui a été commise « en serait venu à nier la faute, de façon arbitraire et déconcertante »²⁵⁵⁵. Tel est donc

²⁵⁴⁸ Voy. sur ce critère de définition R. LATOURNERIE, « Conclusions sur CE, 23 janvier 1931, *Époux Garcin* », *S*, 1931, 3, p. 97 ; J-H STAHL, « Conclusions sur CE, 20 juin 1997, *Theux* », *RFDA*, 1998, p. 82 ; J.-F. COUZINET, « La notion de faute lourde en droit administratif », *RDPA*, 1977, p. 283 ; N. POULET-GIBOT-LECLERC, « La faute lourde n'a pas disparu, elle ne disparaîtra pas », *LPA*, 2002, n°132, p. 16 et G. EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA*, 2006, p. 733

²⁵⁴⁹ H. BELRHALL, *Responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 173.

²⁵⁵⁰ En ce qu'elle montre l'hésitation de l'administration à blâmer, la faute lourde lorsqu'elle aurait été retenue se serait montrée avec une gravité telle que le service coupable aurait été inexcusable de l'avoir commise. En cela, elle aurait possédé un potentiel normatif fort : voy. B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, *op. cit.*, pp. 229 et ss *contra* C. GUETTIER in P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 370 relevant que l'abandon de la faute lourde, comme il le sera vu ci-après, aurait permis de mieux stigmatiser le comportement de l'administration témoignant d'une volonté du juge de « sanctionner les abstentions, les omissions et les retards là où les attentes de l'opinion sont particulièrement fortes ».

²⁵⁵¹ La faute lourde est initialement apparue pour mettre à l'écart le principe d'irresponsabilité des autorités de police administrative tout en évitant un engagement par trop systématique de leurs responsabilités compte tenu des difficultés à exercer leurs activités. Le juge administratif, lorsqu'il a accepté de retenir le principe d'une responsabilité du fait de l'activité de police, l'a quasi automatiquement accompagné de cette exigence, suivant l'idée selon laquelle « pour s'acquitter de la lourde tâche de maintenir l'ordre public dans la rue, les forces de police ne doivent pas voir leur action éternuée par des menaces permanentes de complication contentieuse » : RIVET, « Conclusions sur, CE, 10 février 1905, *Clef* », *RDPA*, 1925, p. 274. Plus généralement voy. sur cette évolution F.-P. BENOIT, *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative*, Paris, Sirey, 1946, sp. p. 21 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 2021, pp. 89-93 sous CE, 10 février 1905, *Tomaso Grecco* ; M. PAILLET, « Faute de service. Preuve et qualification », *JCL Administratif*, fasc. 820, 2011, §§ 44 et ss ou encore G. EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA*, 2006, p. 733.

²⁵⁵² R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1954, réimp., Paris, La mémoire du droit, 2010, p. 371.

²⁵⁵³ La faute lourde a en effet fait l'objet de nombreuses critiques tenant tant au sentiment de complaisance qu'elle a suscité qu'à l'ambiguïté qu'elle présentait — protectrice tant qu'elle n'était pas identifiée et sévère aussitôt qu'elle le devenait — ou tenant encore à l'impossibilité d'en fournir une systématisation. La faute lourde n'a ainsi jamais pu faire l'objet d'une systématisation claire en matière de police administrative, faisant ainsi de la matière l'illustration la « plus nette des principes fameux de l'arrêt *Blanco* » (F.-P. BENOIT, *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative*, *op. cit.*, p. 6). Ce n'est pas dire cependant qu'aucun critère n'ait jamais été envisagé. La difficulté des activités de police a ainsi constitué un temps un critère déterminant puisqu'il en avait justifié le recours initial, et certaines distinctions ne seraient pas apparues, spécifiquement celle entre les activités juridiques « de bureau » et les activités matérielles « de terrain ». Ce critère aurait également expliqué que le juge puisse retenir une faute simple lorsque l'activité à l'origine du trouble était précisément organisée par la loi et les règlements et à l'inverse que certains domaines particulièrement sensibles puissent encore échapper au régime de la faute simple, notamment en matière de terrorisme. Le problème est que ce critère n'y a pas pour autant trouvé une réalisation inéluctable et l'application de la faute lourde y a « causé des difficultés de démarcation insurmontables » (P. WACHSMANN, « À quoi sert la faute lourde en matière de police administrative », *AJDA*, 2018, p. 1801). A l'idée inconcevable que l'administration puisse constituer une « partie faible » (G. CHAVRIER, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *AJDA*, 2003, p. 1026) se serait ainsi superposé le sentiment d'un juge qui choisit discrétionnairement de la protéger. Raison faite de son ambiguïté, garder le principe de la faute lourde tout en indemnifiant facilement les victimes aurait ainsi « cumuler deux inconvénients ; d'un côté, celui d'entretenir les victimes dans l'idée que le juge serait complaisant à l'égard de l'Administration et de l'autre, celui de porter des jugements en apparence plus sévères à l'égard de cette dernière » (J.-H. STAHL, « Conclusions sur CE, 20 juin 1997, *Theux* », *op. cit.*). Outre les auteurs suscités, voy. sur ce point G. EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *op. cit.*, pp. 733 et ss ; N. POULET-GIBOT LECLERC, « La faute lourde n'a pas disparu, elle ne disparaîtra pas », *op. cit.*, pp. 16 et ss ; G. DE LA TAILLE, « Quelle place aujourd'hui pour la faute lourde en matière de police administrative ? », *AJDA*, 2014, p. 1553.

²⁵⁵⁴ A. TOUBLANC, « De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale », *AJDA*, 2004, p. 1175.

²⁵⁵⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1304.

le raisonnement que certains auteurs ont identifié dans l'arrêt du Conseil d'État rendu en l'affaire AZF²⁵⁵⁶.

Effectivement, par comparaison avec la décision de la Cour d'appel, l'arrêt rendu par le Conseil d'État donne le sentiment que la faute de l'administration ne revêtait pas un caractère suffisamment grave pour engager la responsabilité. N'étant *a priori* plus autorisé à se fonder sur cette dernière, le juge en serait ainsi venu à dénier toute responsabilité en « redéfinissant » les obligations incombant à l'administration en matière d'installations classées²⁵⁵⁷. Il en aurait été ainsi lorsque, pour justifier l'absence de contrôle opéré sur le bâtiment 221, le juge du Palais Royal a considéré que les inspecteurs des installations classées avaient tenu compte d'indications anciennes mises à leur disposition par un exploitant, au surplus défaillant. Pourtant, les inspecteurs ne pouvaient ignorer que les études n'étaient pas à jour. Ainsi, au lieu de laisser supposer que la police des installations classées n'était débitrice d'aucune obligation de surveillance permanente voire d'aucune obligation d'information vis-à-vis des installations soumises à son contrôle, il aurait été préférable que le Conseil d'État statue sur le fondement d'une faute lourde. Au moins, cette dernière n'aurait pas exclu tout dysfonctionnement. Elle aurait simplement exclu une responsabilité. Telle étant la teneur des critiques formulées à l'encontre de l'arrêt rendu par le Conseil d'État, il s'agit cependant d'une analyse qu'il conviendra de relativiser.

b. Une versatilité justifiée par l'appréciation des obligations en cause

605. Une possible utilisation de la faute lourde confirmée par une jurisprudence antérieure. En dépit des difficultés auxquelles peut être confrontée la police des installations classées, le contentieux des installations classées a constitué un terrain privilégié d'application de la faute simple comme condition *sine qua non* d'une certaine efficacité dans un domaine mettant en cause des intérêts humains essentiels²⁵⁵⁸. Ce n'est pas dire que la faute lourde n'y a jamais trouvé sa place. La solution a en réalité déjà été éprouvée par des juges du fond dans un arrêt *Gandon*, dont les faits n'étaient d'ailleurs pas sans rappeler ceux de l'affaire AZF²⁵⁵⁹. Dans ce contexte, d'aucuns avaient ainsi tenté d'expliquer le choix quasi inédit des juges par des raisons renvoyant à celles qui ont été avancées par la doctrine pour tenter de justifier la position restrictive du Conseil d'État dans l'affaire AZF. Dans les deux

²⁵⁵⁶ Voy. A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « AZF : une décision explosive », *op. cit.*, p. 585 ; H. BELRHALL, *Responsabilité administrative, op. cit.*, pp. 187-188.

²⁵⁵⁷ Voy. A. JACQUEMET-GAUCHÉ, H. BELRHALL, « Trop ou trop peu de responsabilité ? Deux voix critiquent deux voies », *op. cit.*, p. 2057 ; H. BELRHALL, *Responsabilité administrative, op. cit.*, pp. 187-188.

²⁵⁵⁸ Voy. G. CHAVRIER, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *AJDA*, 2003, p. 1026 et F. BLANC, « Le régime de la responsabilité pour faute en matière de police de l'ordre public » in D. LINOTTE (dir.), *La police administrative existe-t-elle ?* Paris, Economica, 1985, pp. 85-119, sp. p. 91 relevant ainsi que le préfet constitue en ce domaine le « prestataire d'un service de sécurité ». A cet argument s'ajoute le fait que si le contrôle des conditions de fonctionnement d'une installation peut donner lieu à des rapports de force, il reste que l'administration est supposée disposer du temps pour mûrir ces réflexions : voy. H. GROUD, « Réflexions sur le contrôle des installations classées. À propos de la jurisprudence récente », *op. cit.*, pp. 1492 et ss ; D. DEHARBE, *Le droit de l'environnement industriel, 10 ans de jurisprudence op. cit.*, n° 390 ; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 1320 ; F-P. BENOIT, *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative, op. cit.*, p. 28 ; J-P. PAPIN, « La responsabilité de la puissance publique dans le contentieux des installations classées », *Les cahiers juridiques de l'Électricité et du Gaz Paris*, n° 394, 1984, pp. 365-376 ; E. PRODRAZA, « Responsabilité de l'État — Faute lourde », note sous CAA Bordeaux, 21 mai 2002, n° 98BX00205, 98BX00334, *Min. Aménagement du territoire et de l'environnement c/Gandon*, *Environnement*, n° 2, 2003, comm. 16 ; D. DEHARBE, « Cour administrative d'appel de Bordeaux (2^e partie) », *Environnement*, n° 8-9, 2003, chron. 21.

²⁵⁵⁹ Voy. CAA Bordeaux, 21 mai 2002, *Ministre Aménagement du Territoire et l'Environnement c/Gandon*, n° 98BX00205 et 98BX00334 relevant l'absence de faute lourde du préfet ayant omis de contrôler une déchetterie et de vérifier le respect des prescriptions réglementaires. Rapprochez avec CE, 7 novembre 1984, n° 35045, *Commune de Corbère-les-Cabanes, T. Lebon*.

affaires, le juge aurait tenu compte des faibles moyens dont dispose la police des installations classées et ainsi avoué l'impossibilité matérielle et humaine de contrôler systématiquement le respect des prescriptions administratives. Dans le même temps, il aurait tenté de limiter l'explosion d'un contentieux potentiellement coûteux²⁵⁶⁰. De plus, sa position aurait pris en considération la pratique en ce domaine, laquelle montre bien souvent une certaine autorégulation des installations classées par leurs exploitants bénéficiant de la connaissance la plus complète sur leur installation²⁵⁶¹. Enfin, la position restrictive adoptée par le juge aurait visé à ne pas conforter cette « forme de faux semblant à laisser penser que le contrôle administratif doit toujours permettre de détecter les irrégularités et anticiper les accidents »²⁵⁶². Dit autrement, le juge aurait mis en exergue le fait que la régulation collective ne peut se substituer à la responsabilité individuelle des exploitants (fautifs). Or cette volonté claire que la responsabilité incombe à titre principal à celui qui possède la liberté d'action et prend en charge l'activité, et non à celui qui en contrôle le déroulement, constitue, avec la difficulté de l'activité²⁵⁶³, l'une des dernières justifications du maintien de la faute lourde à l'égard de certaines activités de contrôle et l'un de ses derniers bastions²⁵⁶⁴. Des mots de Alain SÉBAN, il serait ainsi

« l'argument décisif pour reconnaître une certaine spécificité au régime de responsabilité de la puissance publique du fait d'activités de contrôle. Le dommage est causé par le contrôlé, la responsabilité du contrôleur n'est que subsidiaire et il ne faut pas substituer la responsabilité de l'un à celle de l'autre [...]. Si l'on admet trop aisément que puisse être recherchée la responsabilité du contrôleur le risque est grand que, singulièrement lorsque le contrôlé est une personne privée, la responsabilité de ce dernier ne soit absorbée par celle de l'État, dont la solvabilité est assurée »²⁵⁶⁵.

Si en dedans de la mission de police administrative, l'on retenait précisément la mission de contrôle incombant à l'administration, la situation aurait donc pu plaider en faveur d'une faute lourde dans l'affaire AZF²⁵⁶⁶. Elle aurait pu légitimer la solution rendue par le Conseil d'État. À bien y regarder, pourtant, cette solution aurait montré un faux semblant.

606. Une utilisation non nécessaire de la faute lourde confirmée par les jurisprudences antérieures.

En effet, les mêmes éléments qui justifient une potentielle résurgence de la faute lourde dans le

²⁵⁶⁰ En 2018, on comptait plus de 500 000 installations classées sur le territoire français, parmi lesquelles 25 000 seraient soumises à autorisation et 705 seraient classées « Seveso, seuil haut ». Quant aux inspecteurs de l'environnement chargés des installations classées, ils seraient au nombre de 1607. En 2001, le nombre d'inspecteurs s'étendait à 870 pour un *ratio* d'environ 650 installations classées seuil haut. L'Usine AZF comprenait 82 installations classées répan dues sur environ 70 hectares, quand le directeur régional de l'industrie, de la recherche et de l'environnement Midi-Pyrénées déclarait ne disposer que de 17 inspecteurs. Ce problème d'effectif a donc constitué un argument pour justifier tant l'arrêt *Gandon* que l'arrêt *AZF* : voy. D. DEHARBE, « Cour administrative d'appel de Bordeaux (2^e partie) », *op. cit.* ; E. PODRAZA, « Responsabilité de l'État – Faute lourde », *op. cit.* ; A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « AZF : une décision explosive », *op. cit.*, p. 595 ; S. EDLINGER, C. HUGLO, « Au-delà de l'arrêt du Conseil d'État sur l'affaire AZF, nouvelle réflexion sur la responsabilité », *op. cit.* et surtout X. DE LESQUEN, « Accident de l'usine AZF : dans quelles conditions la responsabilité de l'État aurait-elle pu être recherchée - Conclusions sur CE, 17 décembre 2014, n° 367202, *Époux Molin* », *op. cit.*, § VIII, et rapprochez avec M. CLIQUENNOIS, « *Essai sur la responsabilité de l'État du fait de ses activités de contrôle et de tutelle* », LPA, 1995, p. 9.

²⁵⁶¹ A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « AZF : une décision explosive », *op. cit.*, p. 595 en référence à P. LASCOUMES, *L'écopouvoir. Environnement et politiques*, La Découverte, 1994 ; H. BELRHALI-BERNARD, « Le droit de l'environnement : entre incitations et contraintes », *RDP*, 2009, p. 1863.

²⁵⁶² X. DE LESQUEN, « Accident de l'usine AZF : dans quelles conditions la responsabilité de l'État aurait-elle pu être recherchée ? Conclusions sur CE, 17 décembre 2014, n° 367202, *Époux Molin* », *op. cit.*, § XI.

²⁵⁶³ Voy. *supra* note 2553.

²⁵⁶⁴ Voy. A. JACQUEMET GAUCHÉ, « AZF : une décision explosive », *op. cit.*, p. 594 ; Y. GAUDEMET, « Responsabilité de l'administration et nouvelles activités de contrôle », *op. cit.*, pp. 250 et ss ; G. CHAVRIER, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *AJDA*, 2003, p. 1026 et plus généralement M. MONOT-FOULETIER, « Responsabilité du fait des activités de contrôle », *JCL Administratif*, fasc. 918, 2019, §§ 51 et ss.

²⁵⁶⁵ A. SÉBAN, « Conclusion sur CE, 30 novembre 2001, n° 219562, *Ministre de l'Économie et des finances c/M. Kechichian et autres* », *Rec. Lebon*, p. 587.

²⁵⁶⁶ Voy. en ce sens G. DE LA TAILLE, « L'engagement de la responsabilité de l'État dans l'accident d'AZF », *op. cit.*

domaine des installations classées relativisent ce choix. Le choix explicite de la faute lourde y serait en effet apparu comme une « réponse de confort »²⁵⁶⁷. Davantage, ce choix aurait constitué un aveu de faiblesse et un signal dangereux en raison des considérations finalistes et pratiques qu'on suppose avoir accompagné la décision du Conseil d'État, et dont on peut contester l'opportunité par leur miroir même²⁵⁶⁸. Bien que légitime, l'argument relatif à la difficulté de l'activité de police n'aurait pas été plus convaincant. Cette conception fonctionnelle ne peut en effet autoriser à obscurcir la notion de faute dont la conceptualisation ne se départit déjà pas d'une interprétation *in concreto* et qui est à même d'inclure ces difficultés à un autre niveau, par exemple par le biais d'une standardisation du comportement²⁵⁶⁹. La faute étant en dernière analyse un manquement à une obligation préexistante qualifié par le juge par rapport à un standard, ce dernier peut tout à fait être tributaire des difficultés dans lesquelles s'exerce ladite activité. À cet égard, le contentieux des installations classées précèdent l'affaire AZF nous en apporte d'ailleurs l'illustration.

On eut, en effet, tort de considérer que la position adoptée par le Conseil d'État dans l'arrêt AZF ait été véritablement inédite. Nonobstant une approche (peut-être) sévère, ce dernier n'a pas drastiquement rompu avec sa jurisprudence antérieure même – à l'inverse de l'arrêt *Gandon* – fondée sur la faute simple. Pour juger de la carence fautive du préfet à sanctionner les exploitants défaillants, le juge administratif a en effet toujours tenu compte de divers facteurs faisant apparaître une interprétation relativement permissive de la carence fautive. Le premier tient à l'information du préfet. En principe, c'est en effet qu'à partir du moment où les services de l'État ont connaissance d'une défaillance de l'exploitant que leur carence à surveiller ou à agir devient fautive. Sous l'empire d'une jurisprudence ancienne, le juge conditionnait même l'obligation d'agir du préfet à la plainte du tiers²⁵⁷⁰. Aujourd'hui, il requiert que le préfet ait été dûment informé de l'existence d'un risque matérialisé par le non-respect avéré ou éventuel par l'exploitant de la réglementation et/ou des

²⁵⁶⁷ L. DUTHEILLER DE LAMOTHE, G. ODINET, « Perquisition : le Conseil d'État fouille dans ses classiques - chronique sous CE, avis, 6 juillet 2016, n° 398234, *Napol* », *AJDA*, 2016, p. 1135, sp. 1638

²⁵⁶⁸ En effet, la référence à la pratique aurait pu se voir opposer l'argument selon lequel le fait ne peut l'emporter sur le droit. La limitation des moyens matériels et humains aurait pu également appeler une responsabilité ne serait-ce que pour rappeler à l'État qu'il lui incombait de doter l'administration de moyens pour ce faire. La responsabilité des acteurs privés aurait pu se voir opposer l'argument selon lequel ces obligations ont pour but de responsabilité, par la peur de la sanction, lesdits acteurs. Quant à l'argument financier tenant à la volonté de ne pas obérer les finances de l'État, lequel a également été envisagé (voy. A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « AZF : une décision explosive », *op. cit.*, p. 596 qui le réfute compte tenu des faibles montants demandés en l'espèce), il est pire que tout, car il ne peut jamais, au souvenir des mots de WALINE, constituer un « argument juridique ».

²⁵⁶⁹ À ce titre, des auteurs – les mêmes qui plaidaient en faveur de son recul – ont en effet relevé le caractère relativement artificiel de la faute lourde. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Theux*, Jacques-Henri STAHL évoquait ainsi « qualification quasi tautologique de faute lourde qui intègre la difficulté de l'action administrative à un double degré : par principe dans la définition du régime de responsabilité, puis au cas d'espèce lorsqu'on recherche si une faute lourde a été commise » : J.-H. STAHL, « Conclusions sur CE, 20 juin 1997, *Theux* », *op. cit.* Le recul de la faute lourde apparaissant ainsi plus formel que réel, les juges, simplement privés d'une « réponse de confort » auraient ainsi persisté à prendre en compte la difficulté d'une activité pour éviter un engagement trop systématique de la responsabilité : voy notamment C. GUETTIER, « Responsabilité administrative et responsabilité civile : destins croisés », *op. cit.*, pp. 32-33 ; « Disparition, maintien ou réformation de la dualité juridictionnelle ? » in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, *op. cit.*, p. 153 ; G. LEBRETON, « La fausse disparition de la faute lourde », *D.*, 1998, p. 535 ou encore G. EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *op. cit.*, pp. 733 et ss.

²⁵⁷⁰ Voy. CAA Bordeaux, 20 décembre 2001, n° 98BX00001, *Lescure* (annulé par l'arrêt note ci-dessous) ; CAA Nancy, 31 décembre 1997, n° 94NC00889, *M. et Mme Preester* ; CE, 15 février 1974, *Sieur Arnaud*, *op. cit.* et surtout CE, 6 juin 1984, n° 43525, *Artaud, T. Lebon* et H. GROUD, « Réflexions sur le contrôle des installations classées. À propos de la jurisprudence récente », *op. cit.*, pp. 1492 et ss et F.-G. TRÉBULLE, « Rôle du préfet en matière d'installations classées », *AJDA*, 2005, pp. 610 et ss.

prescriptions applicables à son installation²⁵⁷¹. Ainsi, dans l'arrêt *Commune de Taverny*, la Cour d'appel de Versailles a reconnu la faute du préfet ayant omis « de faire vérifier par l'inspection des installations classées qu'une société exploitante respectait bien les prescriptions qui lui avaient été imposées ». Mais la reconnaissance de la faute y a été principalement motivée par le fait que le préfet avait déjà « pu constater le comportement dilatoire de cette société » et qu'une circulaire de caractère règlementaire plaçait ainsi ladite installation « dans les installations devant être prioritairement surveillées »²⁵⁷². Davantage, c'est la responsabilité de la commune de Taverny qui a été engagée à hauteur de 70 % du préjudice subi au motif que cette-dernière, consciente des risques présentés par le comportement de la société exploitante, avait omis d'en informer l'autorité préfectorale. Cette décision a été validée par le Conseil d'État²⁵⁷³.

Certes, à ce stade, l'argumentation du Conseil d'État en l'affaire AZF selon laquelle les inspecteurs n'étaient pas informés des risques présentés par le bâtiment 221 pourrait être dévoyée. L'exploitant avait effectivement eu un comportement « dilatoire » puisqu'il n'avait pas rendu les études de danger²⁵⁷⁴. Pour le commissaire au gouvernement, « l'accord de l'administration pour que l'étude de danger propre à la fabrication et au stockage des ammonitrates et autres engrais prévus en 2001 soit réalisée en fin d'année » ne pouvait cependant être regardé comme fautif « au vu du processus permanent de remise à jour de ces études »²⁵⁷⁵. Or, il est ici un sous-entendu tout à fait conforme avec une jurisprudence plutôt tolérante. Si par principe les intérêts mentionnés à l'article L511-1 du Code de l'environnement sont en effet les seuls que l'autorité compétente doit chercher à protéger, la réalité au contentieux est quelque peu différente. Dans les faits, les intérêts économiques, sociaux et environnementaux sont nécessairement mis en balance par le préfet, compte tenu notamment des conséquences pécuniaires pour les entreprises²⁵⁷⁶. Pour cela, le juge évalue bien souvent la mesure dans laquelle le préfet est resté totalement inactif, celle dans laquelle l'irrégularité de l'exploitant était grave ou mineure ou encore celle dans laquelle les pollutions engendrées étaient simplement notables ou supportables. En d'autres termes, le juge tend à considérer que seule l'inaction pendant un délai déraisonnable et en l'absence de circonstances exceptionnelles constitue une faute de nature

²⁵⁷¹ Voy. CE, 5 juillet 2004, *Lescure*, *op. cit.* ; CAA Lyon, 6 octobre 1998, n° 94LY00217, *Roy* ; CE, 17 novembre 2004, *Société générale d'archives*, *op. cit.* ou encore CE, 13 juillet 2007, *Commune de Taverny*, *op. cit.* On pourrait d'ailleurs se demander si cette condition ne découlerait pas d'une lecture extensive de l'ancien article L514-1 du Code de l'environnement. En effet, cet article disposait que le préfet était tenu de mettre en demeure l'exploitant ne respectant pas les prescriptions applicables « lorsqu'un inspecteur des installations classées ou un expert [...] a constaté l'inobservation [...] ». Si cette lexie ne se retrouve plus dans la rédaction de l'article L171-8, il n'en demeure pas moins que le juge considère encore l'obligation d'agir du préfet qu'à compter du moment où il est informé : voy. CE, 13 novembre 2019, n° 416860, *Commune de Marennes*, *Rec. Lebon* ; CAA Nantes, 21 octobre 2019, n° 17NT03258.

²⁵⁷² CAA Versailles, 8 mars 2006, n° 03VE04692, *Commune de Taverny*.

²⁵⁷³ CAA Versailles, 8 mars 2006, *Commune de Taverny*, *op. cit.* ; CE, 13 juillet 2007, *Commune de Taverny*, *op. cit.*

²⁵⁷⁴ D'ailleurs, l'arrêt d'appel sous-entendait quant à lui que les défaillances de l'exploitant avaient au moins été rendues « visibles » par ce retard à remettre les documents demandés : voy. CAA Bordeaux, 24 janvier 2013, *op. cit.*, cons. 8.

²⁵⁷⁵ X. DE LESQUEN, « Accident de l'usine AZF : dans quelles conditions la responsabilité de l'État aurait-elle pu être recherchée - Conclusions sur CE, 17 décembre 2014, n° 367202, *Époux Molin* », *op. cit.*, § XI.

²⁵⁷⁶ Voy. en ce sens H. GROUD, « Réflexions sur le contrôle des installations classées. À propos de la jurisprudence récente », *op. cit.*, pp. 1492 et ss considérant que « les évaluations auxquelles est conduit le préfet ne relèvent pas de l'évidence »

à engager la responsabilité de l'État²⁵⁷⁷ : « la carence fautive, c'est la carence durable »²⁵⁷⁸. On comprend dès lors que le Conseil d'État ait pu considérer que le délai de moins d'un an accordé à l'exploitant en l'affaire AZF n'ait pas été considéré comme révélateur d'une faute. Dans une espèce présentant des faits peu ou prou comparables, la faute avait ainsi été retenue en raison d'un délai « anormalement long » de quasiment quatre ans²⁵⁷⁹.

Cette grille de lecture de l'arrêt rendu par le Conseil d'État en l'affaire AZF permet ainsi, sinon de justifier, du moins de relativiser les critiques suscitées par cet arrêt. Sans dénier l'approche restrictive du juge, s'il y avait véritablement eu une redéfinition des obligations incombant aux autorités administratives en l'affaire AZF, celle-ci lui aurait été en fait bien antérieure. C'est somme toute à cet égard qu'il nous faut enfin considérer l'hypothèse selon laquelle le Conseil d'État aurait été, sinon mal compris, du moins trop rapidement jugé. Ne serait-il pas possible de considérer que ce dernier, sans faire montre ni d'une utilisation finaliste de la faute ni d'une redéfinition des obligations, ait tout simplement opéré une juste lecture des obligations incombant à l'administration en matière d'exploitation d'activité à risque ?

607. Constat intermédiaire : « un problème sans solution est un problème mal posé ». L'idée a été soutenue que pour que la faute se départisse d'une conception fonctionnelle, elle doit avant tout révéler l'anormalité d'une action administrative et se matérialiser par une mauvaise exécution de ses obligations par la puissance publique²⁵⁸⁰. Cela signifie d'une part que la gravité du préjudice ne doit pas avoir d'influence sur son identification. Cela signifie d'autre part que les intérêts contradictoires ne doivent pas constituer des motifs allant à l'encontre de son identification. Lorsque dans le cadre de leur mission de police des installations classées, les autorités doivent prendre des mesures pour prévenir la réalisation d'un risque, ce n'est pas tant le résultat qui compte que la manière dont cette mission est remplie, c'est-à-dire la manière dont l'administration agit face à un risque identifié, fonction faite des difficultés qui sont les siennes²⁵⁸¹. Dans ce contexte, on comprend que si l'affaire AZF a été l'objet d'argumentations versatiles, c'est parce que la compréhension initiale des obligations

²⁵⁷⁷ Voy. CAA Bordeaux, 25 février 1993, n° 90BX06281, *Commune de Saint-Pée-sur-Nivelle* dans lequel la Cour administrative d'appel de Bordeaux fixait à 8 mois le délai suivant lequel le préfet aurait dû agir après élaboration d'un rapport d'expertise faisant montre des irrégularités de l'exploitant. Dans le même sens CAA Nancy, 22 octobre 2007, n° 06NC00161, *Boisseau* dans lequel la Cour d'appel de Nancy a sanctionné l'inaction de l'administration ayant privilégié pendant 4 ans le dialogue avec l'exploitant avant de mettre en œuvre des moyens coercitifs « eu égard aux emplois concernés dans un secteur difficile » et considérait que cette prise en considération n'atténuait pas la faute, il reste que le juge avait bien appuyé sur « les circonstances de l'espèce ». Voy. encore CE, 22 mars 1978, *Brélivet*, *op. cit.* dans lequel le Conseil d'État relevait l'obligation de prendre des mesures du préfet pour assurer l'exécution de la loi « en l'absence de circonstances exceptionnelles », ou encore CE, 18 octobre 1989, *Cazier* dans lequel il considérait la faute de l'administration ayant laissé subsister pendant période importante (10 ans) une installation fonctionnée sans respect des prescriptions. Voy. plus généralement J-P. DEMOUEAUX, « Responsabilité en matière d'environnement », *op. cit.* ; P. TERNEYRE, « Interventions économiques », *Répertoire Dalloz de responsabilité de la puissance publique*, 2020, §§ 91 et ss ; J-F. PAPIN, « La responsabilité de la puissance publique dans le contentieux des installations classées », *op. cit.*

²⁵⁷⁸ R. DRAGO, « Liberté d'entreprendre et environnement » in *Libertés, Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 105. Rapprochez avec S. BRIMO, « Les potentialités du contentieux de la carence administrative en matière de santé et d'environnement », *AJDA*, 2021, pp. 1256-1261 relevant que « le juge reconnaît classiquement qu'il n'y a carence qu'à l'issue d'un "délai raisonnable". Il s'agit d'un temps nécessaire pour prendre les mesures structurelles permettant de faire face au risque. Cette marge temporelle constitue un des aspects du pouvoir discrétionnaire de l'administration qui, classiquement, conserve le "choix du moment". On peut émettre l'hypothèse d'un raccourcissement de ce délai, d'autant plus qu'il n'a jamais, à notre connaissance, été quantifié en jurisprudence. Cela étant, le juge est-il globalement moins rigoureux dans le constat des carences qu'il ne l'était auparavant, et aura-t-il tendance à le devenir encore moins ? Rien n'est moins sûr. La jurisprudence reste encore très mesurée et pose des limites ». L'auteur fait référence à l'arrêt CE, 16 novembre 2020, n° 437600, *Ministre des solidarités et de la santé* relatif aux prothèses PIP.

²⁵⁷⁹ CAA Paris, 6 mai 2004, n° 99PA03747, *Brouta* et rapprochez avec CE, 18 octobre 1989, *Cazier* vu note ci-dessus.

²⁵⁸⁰ Voy. B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, *op. cit.*, pp. 139 et ss.

²⁵⁸¹ Voy. M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 339.

pesant sur l'administration n'était pas claire. Au lieu d'évaluer la mesure dans laquelle la gradation de la faute aurait pu résoudre les difficultés engendrées par la rigidité du Conseil d'État, il aurait d'abord fallu analyser la teneur des obligations qui s'imposaient à l'État en matière d'installations classées.

Le problème à l'origine a ainsi résidé dans le fait que le juge d'appel a considéré que le préfet, en matière d'installations classées, est le « prestataire d'un service de sécurité »²⁵⁸² et qu'il est tenu, à ce titre, à une obligation « parfaite » de sécurité-résultat, sinon qu'aucun accident ne survienne, du moins que la réglementation en vigueur soit en tout temps respectée²⁵⁸³. Tel était, du moins, le message que laissait transparaître la Cour d'appel de Bordeaux en déduisant *res ipsa loquitur* un carence « durable » de l'administration de la seule existence au sein de l'usine AZF d'un stockage irrégulier de produits dangereux²⁵⁸⁴. Par comparaison, l'arrêt rendu par le Conseil d'État s'est vu imputer le fait d'avoir opéré une redéfinition de cette obligation alors même qu'elle n'a jamais été aussi rigoureusement consacrée dans la jurisprudence²⁵⁸⁵. A bien des égards, cette position est compréhensible. Outre le fait qu'une telle obligation s'avère en pratique irréalisable, une obligation de résultat pourrait contribuer à généraliser une vision finaliste de la faute : celle-ci ne se réaliserait qu'à travers la seule existence d'un comportement dilatoire de l'exploitant. Surtout, consacrer une obligation de résultat reviendrait, à l'excès, à confondre la responsabilité des exploitants sur le fondement de la règle appelée de nos vœux et celle de l'administration. Seul le premier doit être responsable du fait de la réalisation du risque *même sans faute*. En matière de prévention des risques, le juge ne doit donc faire peser qu'une obligation de moyen sur l'administration conduite à contrôler l'activité en cause²⁵⁸⁶. C'est donc dans ce contexte que l'idée doit être approfondie selon laquelle les obligations incombant spécifiquement à l'administration en matière d'activités à risque ne sont bien souvent qu'une modalité d'une obligation générale d'agir. Par ce prisme, il convient d'envisager les conditions dans lesquelles la responsabilité pour faute de l'État peut être retenue, et par la même occasion, pouvoir fournir un avis définitif sur la position tenue par le Conseil d'État dans l'affaire AZF. Incidemment, l'étude de l'obligation d'agir permet également d'appréhender la situation dans laquelle une activité à risque ne tomberait pas sous le joug d'une réglementation obligeant spécifiquement l'administration à adopter des comportements aux fins de limiter les effets qu'elles seraient susceptibles d'engendrer pour les tiers. Bien qu'une telle situation ne soit, *a priori*, pas le fait des activités de fusion nucléaire, elle pourrait l'être pour des activités à risque en réserve. La réglementation n'étant effectivement pas infaillible, la question de l'obligation de prévention incombant à la puissance publique doit donc être abordée en des termes

²⁵⁸² F. BLANC, « Le régime de la responsabilité pour faute en matière de police de l'ordre public », *op. cit.*, p. 91.

²⁵⁸³ Voy. J-N. CLÉMENT, « Responsabilité pour faute de l'administration », *op. cit.*, § 44 ; J-P. DEMOUVEAUX, « Responsabilité en matière d'environnement », § 19.

²⁵⁸⁴ CAA Bordeaux, 24 janvier 2013, *op. cit.*, cons. 9.

²⁵⁸⁵ X. DE LESQUEN, « Accident de l'usine AZF : dans quelles conditions la responsabilité de l'État aurait-elle pu être recherchée - Conclusions sur CE, 17 décembre 2014, n° 367202, *Époux Molin* », *op. cit.*, § IV et

²⁵⁸⁶ Voy. A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 250-251 et dans le même sens YM. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 339, 343 et plus généralement sur les obligations de résultats en droit administratif B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 343-344 ; H. VOLPELLIÈRE, *L'obligation de résultat de l'Administration*, thèse, Montpellier, 2015, sp. pp. 212-213 ; H. BELRAHLI-BERNARD, « Obligation de moyens et obligations de résultat » in AFDA, *La responsabilité administrative*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 135-146.

généraux. Néanmoins, si la nature de cette obligation peut être « aisément admise dans son principe, il est plus délicat d'en déterminer l'étendue »²⁵⁸⁷.

B. Un secteur motivant une relecture de l'obligation d'agir de l'administration

608. Le cadre de l'obligation d'agir de l'administration. En droit administratif, l'administration aurait toujours l'obligation d'agir pour prévenir les risques. Pour DUGUIT, cette obligation aurait même été la principale obligation incombant à la puissance publique²⁵⁸⁸. Pour d'autres, elle relèverait d'une « évidence administrative »²⁵⁸⁹. Sans être infirmée, cette assertion doit cependant être clarifiée afin de ne pas laisser penser qu'il existerait une obligation absolue de l'administration d'agir en droit administratif français, et donc, eu égard à notre propos, d'exercer *ex-nihilo* un quelconque pouvoir aux fins de régir la poursuite d'une activité à risque²⁵⁹⁰. Cette obligation d'agir se trouve en effet circonscrite à deux principaux domaines lesquels s'articulent autour de la mission principale des personnes publiques : la préservation de la paix sociale²⁵⁹¹. Cette mission nécessite ainsi que l'administration prenne d'abord les mesures règlementaires et matérielles nécessaires à l'exécution des normes européennes, législatives, règlementaires ainsi que des jugements édictés. Elle nécessite, ensuite, que l'ordre public soit préservé afin d'assurer la sécurité des personnes et des biens²⁵⁹². Chargée de formaliser les exigences de l'ordre public quand la loi n'y aurait pas pourvu ou n'y aurait pas pourvu efficacement, la police administrative serait ainsi débitrice d'une obligation d'agir spéciale ou générale et renforcée suivant cet objectif²⁵⁹³. Entendu classiquement comme justifiant la préservation du triptyque « tranquillité, sécurité, salubrité publique », la notion d'ordre public englobe intrinsèquement l'objectif de prévention occasionné par la réalisation d'un risque, raison faite notamment de la référence à la notion de sécurité, appréhendée dans son versant positif de « sécurité-action »²⁵⁹⁴. Par le lien insoluble que la préservation de l'ordre public entretient avec la prévention du risque, l'obligation d'agir participe ainsi à appréhender les hypothèses dans lesquelles l'administration est tenue de prévenir les conséquences dommageables occasionnées par les activités à risque conduites par des personnes privées. Les obligations de contrôle et de surveillance ne constituent bien souvent qu'un aspect particulier d'une mission de police spéciale instituée pour protéger un ordre public déterminé, en témoigne la police des installations nucléaires et l'article L593-1 du Code de l'environnement²⁵⁹⁵ ou la police des installations classées et l'article L511-1 du même

²⁵⁸⁷ A. BERNARD, « Conclusions sur CE, 23 octobre 1959, *Doublet* », *RDP*, 1959, p. 1239.

²⁵⁸⁸ Voy. L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Arnaud Colin, 1913, reimpr. 1999, p. XVIII : « [c]e qui apparaît alors au premier plan, ce n'est plus le pouvoir de commander ; c'est l'obligation d'agir pratiquement. Si l'on reconnaît un pouvoir aux gouvernants, ce n'est plus en vertu d'un droit primaire de puissance publique, mais à raison des devoirs qui leur incombent ; par conséquent ce pouvoir n'existe que dans la mesure où ils remplissent ces devoirs ».

²⁵⁸⁹ F. DONNAT, D. CASAS, « Lorsque l'administration ne peut plus, sans faute, rester inactive », *AJDA*, 2004, p. 974.

²⁵⁹⁰ Voy. B. SEILLER, « Précision sur l'obligation d'exercer le pouvoir règlementaire », *AJDA*, 2004, p. 761.

²⁵⁹¹ Voy. M. HAMIDOU, *L'obligation d'agir des personnes publiques*, thèse, Toulouse 1, 2005, p. 263.

²⁵⁹² Voy. M. HAMIDOU, *L'obligation d'agir des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 263 et ss.

²⁵⁹³ Voy. E. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984, 926 p ; « Police » in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 1164 et ss ou encore B. SEILLER, « La notion de police administrative », *RFDA*, 2015, pp. 815 et ss.

²⁵⁹⁴ Voy. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, s.v. « sécurité » ; A. MUSTAPHA, « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, n°1, 2015, p. 139.

²⁵⁹⁵ CE, 11 avril 2019, n°413548, *Greenpeace France*, *op. cit.* ; *Code de l'environnement*, art. L593-1 : « Les installations nucléaires de base énumérées à l'article L. 593-2 sont soumises au régime légal défini par les dispositions du présent chapitre et du chapitre VI du présent titre en raison des risques ou inconvénients qu'elles peuvent présenter pour la sécurité, la santé et la salubrité publiques ou la protection de la nature et de l'environnement ».

code²⁵⁹⁶. L'étude précédemment menée a cependant fait montre que cette obligation d'agir reste une notion floue dont on peine à saisir les contours. Elle entretient, par ailleurs, sous l'influence des pouvoirs de police spéciale, une relation incertaine avec l'obligation d'agir tenant à la concrétisation des textes édictés.

609. Plan. Pour cela, il faudra revenir sur l'évolution de l'obligation jurisprudentielle d'agir (1.) avant d'en proposer une lecture permettant de clore le propos (2.).

1. L'évolution de l'obligation jurisprudentielle d'agir

610. Plan. Dotée d'un caractère initialement restrictif (a.), l'obligation jurisprudentielle d'agir n'a eu cesse de s'élargir, venant perturber sa compréhension, notamment à l'endroit des pouvoirs de police spéciaux, à l'instar de ceux de la police des installations classées (b.).

a. La lecture initiale de l'obligation jurisprudentielle d'agir

611. L'origine de l'obligation jurisprudentielle d'agir. On considère parfois que la consécration de l'obligation d'agir en matière de police administrative remonte à l'arrêt *Doublet* rendu par le Conseil d'État le 23 octobre 1959²⁵⁹⁷. Posant la question de savoir la mesure dans laquelle une autorité de police pouvait se trouver obligée d'édicter une mesure pour mettre fin aux nuisances présentées par une activité ayant fait l'objet de prescriptions édictées par une autre autorité, cet arrêt questionnait l'obligation d'agir des autorités de police administrative. Ainsi, tout en rappelant le principe selon lequel les autorités de police doivent veiller au respect des prescriptions édictées et le droit des individus d'obtenir qu'elles le soient « par toutes voies de droit », le juge administratif dessinait les contours de l'obligation désormais désignée comme l'obligation de prendre des mesures de police initiales²⁵⁹⁸. Considérant la nécessité du maintien de l'ordre public imposant à l'autorité de police administrative qu'elle intervienne toutes les fois où une situation de fait est de nature à y créer un trouble sérieux — même si cela implique une substitution de police et indépendamment de la nature de la mesure — la décision circonscrivait l'obligation à agir des autorités de police à trois critères cumulatifs : les mesures de police devant être rendues indispensables (1) pour faire cesser un péril grave (2) résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public (3). Plus simplement, l'obligation d'agir aurait été conditionnée à « l'hypothèse, au demeurant difficile à mieux définir, où en s'abstenant d'user de ce pouvoir cette autorité méconnaîtrait les exigences les plus

²⁵⁹⁶ Code de l'environnement, art. L511-1 : « Sont soumis aux dispositions du présent titre les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter *des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation économe des sols naturels, agricoles ou forestiers, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique* ». En ce sens M. MONOT-FOULETIER, « Responsabilité du fait des activités de contrôle », *op. cit.*, § 72.

²⁵⁹⁷ Voy. CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, *Rec. Lebon*, p. 540 et CE, 14 décembre 1962, *Doublet (II)*, *Rec. Lebon*, p. 680.

²⁵⁹⁸ L'origine jurisprudentielle de cette obligation d'agir varie selon les auteurs. Pour certains, elle aurait été consacrée par l'arrêt *Doublet* où pour la première fois le Conseil d'État acceptait de contrôler la carence de l'autorité de police à prendre une mesure de police initiale. Pour d'autres, elle aurait été consacrée par l'arrêt *Époux Lemonnier* dans lequel le Conseil d'État reconnaissait la carence fautive du maire n'ayant pas pris les mesures de police nécessaires pour assurer la sécurité des administrés lors d'une manifestation festive impliquant l'usage d'armes à feu : CE, 26 juillet 1918, *Lemonnier*, *Rec. Lebon*, p. 761. Voy. F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, p. 72 faisant référence aux conclusions de Léon BLUM sous l'arrêt *Lemonnier* évoquant que l'insuffisance plus que la carence en était au cœur *contra* P. BON, « Police municipale : principes de fond », *op. cit.*, §§ 19-20 relevant dans le même temps la typologie des différentes carences, celles-ci variant de l'inaction totale, à l'insuffisance, ou l'inefficacité.

élémentaires ou les plus essentielles de la protection de l'ordre public et manquerait en définitive manifestement et gravement à sa mission » ou à celle, que l'on pourra désormais relativiser, correspondant « assez sensiblement au cas où, dans le domaine de sa responsabilité, sa carence, son inaction pourraient être qualifiées de faute lourde »²⁵⁹⁹.

612. La compréhension initiale de l'obligation d'agir. « Remarquable témoignage de la conception libérale de l'État » et dans le même temps « quintessence même de la sujétion de la puissance publique », l'arrêt *Doublet* aurait offert « *via* le principe d'adaptation, une clef de lecture cohérente et complète du pouvoir de police »²⁶⁰⁰. À la question de savoir si le pouvoir de police administrative constituait une faculté ou une obligation, le principe d'adaptation apportait en effet un début de réponse, en imposant que tout « soit affaire de cas par cas, de circonstance particulière de temps et de lieu »²⁶⁰¹. L'objet même du pouvoir de police, qui consiste *in fine* à restreindre la libre action des particuliers pour prévenir contre la réalisation de certains risques, impliquait que les textes ne puissent pas dicter à l'avance la conduite exacte à tenir par l'administration. Celle-ci bénéficiait « nécessairement de la possibilité d'apprécier librement les faits pour déterminer quand et comment agir, pour choisir la mesure la plus opportune à adopter au vu des circonstances, en fonction de la nature et de l'intensité du désordre [risque] auquel elle est confrontée »²⁶⁰². Dans ce contexte, la rigueur des critères de la jurisprudence *Doublet* seyait donc parfaitement à cette idée en présentant l'obligation d'agir « comme l'envers "positif" de l'obligation "négative" d'agir seulement en présence d'une nécessité »²⁶⁰³. Ces critères auraient incidemment permis de reporter le poids principal de la responsabilité sur les créateurs directs de ce risque en évitant toute intrusion liberticide²⁶⁰⁴. Consistant le seul « sextant à peu près fiable pour mesurer la hauteur d'un droit subjectif à la sécurité que l'on peine encore à identifier »²⁶⁰⁵, on comprend dès lors que le problème de cette présentation de l'obligation d'agir a davantage consisté dans son relai que dans son principe.

²⁵⁹⁹ A. BERNARD, « Conclusions sur CE, 23 octobre 1959, *Doublet* », *op. cit.*, p. 1240. Voy. également J. ESTEVE PARDO, « De la policía administrativa a la gestión de riesgos », *Revista española de derecho administrativo*, n°113, 2003, p. 323 référencé par CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, *op. cit.*, p. 356 pour qui l'obligation reposerait sur quatre références : « une référence conceptuelle (le danger, la menace pour l'ordre public, la tranquillité publique) ; une référence finaliste (le maintien ou le rétablissement de l'ordre public, le retour au « danger zéro) ; une référence légale (la police combat des périls identifiés et refusés par l'ordre juridique) et une référence instrumentale (l'usage prépondérant de procédés juridiques unilatéraux).

²⁶⁰⁰ C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Doublet* ? », *DA*, n°8-9, 2019, alerte 114, p. 3.

²⁶⁰¹ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 782.

²⁶⁰² B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 782-783.

²⁶⁰³ C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Doublet* ? », *op. cit.*, p. 3.

²⁶⁰⁴ Voy. L-F. CORNEILLE, « Conclusion sur CE, 10 août 1917, n°59855, *Baldy* », *Rec. Lebon*, p. 637 : « pour déterminer l'étendue d'un pouvoir de police dans un cas particulier, il faut se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers [...] et que toute controverse de droit public doit partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception ». Pour cela, il nous paraît d'ailleurs possible de relativiser les critiques de la doctrine quant à son caractère novateur lequel pourrait être usurpé dans le domaine de la responsabilité (voy. note *supra* 2598). À bien y regarder, en effet, l'idée de nécessité semblait avoir déjà été entérinée, en témoigne l'arrêt *Lemonnier*. L'idée restant cependant fondamentalement la même – tant au contentieux de la responsabilité qu'à celui de la légalité – il semble néanmoins possible de considérer que, sur le principe, l'apport théorique et explicatif de la jurisprudence *Doublet* s'est avéré remarquable. Comme le souligne, Christophe Roux, l'argument n'a en réalité rien de décisif, bien que ce biais analytique participe à conter la légende selon laquelle « toute illégalité est constitutive d'une faute, là où, originellement, c'est pourtant la seconde qui a été déduite de la première » : C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Doublet* ? », *op. cit.*, p. 3.

²⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 3 et rapprochez D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité » in M-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 299-316.

b. Le relai équivoque de l'obligation jurisprudentielle d'agir

613. Une jurisprudence ne reflétant plus le droit positif. Comme un « sésame ouvrant les développements consacrés à l'obligation d'agir au sein des usuels de droit administratif », l'arrêt *Doublet* a connu une « destinée paradoxale »²⁶⁰⁶. Faisant « partie de ces arrêts qui, tels les hommes pour Romain Gary “vieillissent toujours mal quand ils restent jeunes” »²⁶⁰⁷, la compréhension de l'obligation d'agir incombant à l'administration, notamment en matière d'activités à risque, s'en est ensuite trouvée perturbée. L'obligation d'agir serait devenue, à l'instar du régime de responsabilité en la matière, l'une des obligations les plus difficiles à systématiser. La principale cause de cette difficulté aurait consisté dans le fait que l'idée commune et sous-jacente de nécessité s'est de plus en plus assouplie²⁶⁰⁸. Ainsi, l'élargissement de la compréhension de la notion de l'ordre public aurait d'abord rendu inadapté le critère de la nécessité sous-entendu par l'arrêt *Doublet*. Certaines atteintes ne souffrant pas la gradation, l'attention se serait ainsi peu à peu davantage sur les effets que sur l'objet de la carence²⁶⁰⁹. Cette évolution aurait ensuite été permise en raison de l'abandon de la faute lourde. La faute lourde ayant constitué le miroir par lequel s'envisageait la rigueur des critères de l'arrêt *Doublet*²⁶¹⁰, le passage à la faute simple en aurait constitué « le fossoyeur », autorisant, par une forme de nivellement par le bas, à retenir la « simple » carence dans « des situations aux antipodes du péril grave et imminent »²⁶¹¹. Enfin et surtout, elle aurait été encouragée par la société du risque provoquant une demande sociale accrue de mesures de police afin que certains drames ne se reproduisent pas. Il s'agit là du drame de sang contaminé mais surtout du dossier amiante dont le règlement juridictionnel a participé à élargir le contenu de cette obligation d'agir en encourageant l'entrée fracassante du principe de précaution. Accompagnée d'une obligation de se tenir informée des dangers, l'obligation d'agir s'est transformée et est devenue une obligation d'agir « comme si le

²⁶⁰⁶ C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence Doublet ? », *op. cit.*, p. 3.

²⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 3.

²⁶⁰⁸ Certains ont ainsi néanmoins avancé une dissymétrie existante entre le contentieux de la légalité et la responsabilité : voy. en ce sens F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *op. cit.*, pp. 71-77 ; D. FALLON, *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2014, pp. 386 et ss relevant que les exigences sont moindres dans le contentieux de la responsabilité que de la légalité. C'est une hypothèse relativisée par Christophe Roux pour qui « [l]égalité et responsabilité, depuis l'arrêt *Driancourt* sont irrémédiablement liées à tel point que, par jeux d'aller-retour successifs, l'assouplissement du standard de la faute exigible s'est accompagné, dans le contentieux de la légalité, d'une intensification du contrôle exercé sur les abstentions à agir » : voy. C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence Doublet ? », *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁰⁹ On pensera notamment à l'intégration de la notion de dignité humaine comme composante de l'ordre public : voy. CE, 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Rec. Lebon*, p. 373 ; T. LEULEU, « La dignité de la personne humaine comme fondement de la police administrative », *RFDA*, 2015, pp. 883-889 ou encore B. SEILLER, « La notion de police administrative », *RFDA*, 2006, p. 896. et ss. Sur cette relation de cause à effet, voy. F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *op. cit.*, pp. 71 et ss ; C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence Doublet ? », *op. cit.*, p. 4.

²⁶¹⁰ Comme vu *supra*, tentant en effet de définir l'hypothèse dans laquelle l'autorité de police est tenue d'agir, Antoine Bernard indiquait en 1959 dans ses conclusions sur l'arrêt *Doublet* qu'elle correspondait « assez sensiblement au cas où, dans le domaine de sa responsabilité, sa carence, son inaction pourraient être qualifiées de faute lourde » : A. BERNARD, « Conclusions sur CE, 23 octobre 1959, *Doublet* », *op. cit.*, p. 1240. Cette analyse a sans doute longtemps correspondu aux lignes de force de la jurisprudence. Tel ne semble cependant plus le cas. Il paraît en effet possible de soutenir que les exigences du juge administratif pour engager la responsabilité de l'administration pour carence à édicter une mesure de police sont devenues moindres : voy. C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence Doublet ? », *op. cit.*, p. 4 soulignant « [qu']avec *Doublet*, les critères renvoyaient intrinsèquement au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, agissant du reste en cohérence avec le dogme de la faute lourde... au moment même où ce dernier commençait à vaciller ».

²⁶¹¹ Voy. C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence Doublet ? », *op. cit.*, p. 4. À l'appui de cet argument voy. CE, 28 novembre 2003, n° 238349, *Commune Moissy-Cramayel*, *Rec. Lebon*, p. 464 ; CAA Marseille, 5 juillet 2004, n° 02MA01300 ; CAA Nantes, 22 décembre 2017, n° 17NT01285. Et S. BRIMO, « Les potentialités du contentieux de la carence administrative en matière de santé et d'environnement », *AJDA*, 2021, pp. 1256-1261 soulignant que « l'idée de gravité du péril ou de situation particulièrement dangereuse semble avoir disparu du vocabulaire du juge ».

risque était avéré »²⁶¹². Dès lors, parce que « ne rien faire en attendant de savoir serait donc, déjà constitutif d'une carence »²⁶¹³, les autorités auraient ainsi été conduites à pécher par excès de précaution²⁶¹⁴. Cette tendance aurait ainsi fait montre des nouveaux critères de l'obligation d'agir ou, plutôt, du seul critère admissible de l'inaction du pouvoir de police : le risque inconnu, le seul qui ne laisse encore aucune prise à l'action²⁶¹⁵. Pour l'ensemble de ces raisons, la jurisprudence *Doublet* aurait perdu son actualité : renforcée, densifiée elle aurait été peu à peu substituée par une obligation omniprésente imposant à l'administration d'être, à tous les coups, vigilante²⁶¹⁶.

Et comme le souligne Sara BRIMO, « le justiciable a bien compris l'intérêt de cet office "révélateur" du juge de la responsabilité. Il creuse ainsi un filon dans cette direction »²⁶¹⁷. Si dans ce contexte, on pourrait donc commencer à comprendre la mesure dans laquelle l'appréciation portée par le Conseil d'État sur le comportement de l'administration en l'affaire AZF a pu surprendre, il faut encore pousser le raisonnement, en incluant dans cette évolution la problématique présentée spécifiquement par le pouvoir de police spéciale, à l'égard duquel l'arrêt *Doublet* ne dirait pas seulement plus le droit positif, mais ne le dirait tout simplement pas.

614. Une jurisprudence ne reflétant pas le droit positif. Cette affirmation découle du constat selon lequel le relais contemporain de la jurisprudence *Doublet* présenterait le défaut « d'obombrer d'autres formes de reconnaissance de l'obligation à agir en matière de police »²⁶¹⁸. Elle commande, pour se comprendre, de revenir sur les faits de l'espèce. Dans l'arrêt *Doublet*, la question de l'obligation d'agir se posait en effet à travers la possibilité offerte au maire d'édicter une mesure de police initiale pour mettre fin à une situation menaçant l'ordre public, indépendamment de l'obligation incombant en premier lieu au préfet de veiller au respect des prescriptions qu'il avait édicté. Or cette lecture duale de l'obligation d'agir a été source de l'idée selon laquelle l'obligation de prendre des mesures de police initiales constituerait la seule obligation d'agir du pouvoir de police suivant le principe d'adaptation. Elle se différencierait ainsi de l'obligation d'appliquer une réglementation spécifique de police et de veiller au respect permanent des prescriptions édictées. Cette idée ressort d'ailleurs des mots de Fabrice MELLERAY :

²⁶¹² D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », *op. cit.*, p. 305. Nous faisons ainsi références aux arrêts du 3 mars 2004 relatif au dossier amiante (CE, 3 mars 2004, *ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, *op. cit.*) dans lesquels le Conseil d'État étendait l'obligation de (ré)agir des autorités de police à une obligation de vigilance matérialisée par une obligation d'information et de suivi scientifique constant. Ensuite, en consacrant au-delà d'une obligation générale de prévention, une obligation anticipant la précaution, l'administration ne peut plus, en présence d'un risque même incertain « se borner à laisser les études se poursuivre et les tergiversations intéressées perdurer » : F. BROCAL VAN PLAUEEN, « La responsabilité de l'État et le risque alimentaire et sanitaire », *AJDA*, 2005, p. 527 et parmi une jurisprudence abondante F-G. TRÉBULLE, « À propos de la carence de l'État en matière d'amiante », *JCP G*, n° 25, 2004, 1098 ; S. RENARD, *L'ordre public sanitaire (Étude de droit public interne)*, thèse, Rennes I, 2008, sp. pp. 147-148. Auparavant voy. H. LEGAL, « Conclusion sur CE, 9 avril 1993, M. G., M. D. et M. B », *op. cit.*, p. 595 soulignant que « face à un risque connu comme mortel [...] une hypothèse non infirmée devrait être tenue provisoirement comme valide, même si elle n'est pas formellement démontrée », et A. ROUYÈRE, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques », *D.*, 2007, pp. 1537 et ss.

²⁶¹³ S. BRIMO, « Les potentialités du contentieux de la carence administrative en matière de santé et d'environnement », *op. cit.*

²⁶¹⁴ Voy. CE, 31 août 2009, n° 296458, *Commune de Crégols*, *Rec. Lebon*, p. 343 et S-J. LIÉBER, D. BOTTEGHI, « L'autorité de police face à la prévention des risques », *AJDA*, 2009, pp. 1824-1831.

²⁶¹⁵ Voy. en ce sens F-G. TRÉBULLE, « À propos de la carence de l'État en matière d'amiante », *op. cit.* et rapprochez avec A. ROUYÈRE, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques », *op. cit.*, p. 1539 soulignant ainsi que face à un dommage réalisé, « la démonstration qu'il était légitime de ne pas prendre en compte un risque est quasiment vouée à l'échec ».

²⁶¹⁶ Voy. déjà sur ce constat G. GUIAVARC'H, *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes*, thèse, Rennes I, 1995, p. 476

²⁶¹⁷ S. BRIMO, « Les potentialités du contentieux de la carence administrative en matière de santé et d'environnement », *op. cit.*

²⁶¹⁸ C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Doublet* ? », *op. cit.*, p. 4.

« ce n'est pas un texte mais bien davantage une situation de fait qui peut faire naître cette obligation [...] il convient [ainsi] de ne pas confondre l'obligation d'appliquer une réglementation de police préétablie et celle, seule étudiée ici, d'édicter des mesures de police initiales. La première hypothèse ne pose pas des problèmes aussi aigus que la seconde. Si une réglementation de police existe, les autorités de police sont tenues de l'appliquer et ce qu'il s'agisse d'une réglementation qu'elles aient elles-mêmes élaborée ou [...] qu'elle ait été élaborée par une autorité étatique [...] on se trouve dans une logique d'application plus mécanique d'une norme supérieure »²⁶¹⁹.

Cette distinction se serait ainsi trouvée exacerbée par la prolifération des pouvoirs de polices spéciales, telle que la police spéciale des installations nucléaires mais surtout des installations classées. Alors que la police générale a pour mission d'assurer la sauvegarde de l'ordre public général, les polices spéciales visent des attributions qui consistent à encadrer une activité déterminée en vue de prévenir un risque spécifique menaçant un ordre public déterminé²⁶²⁰. Bien que ces polices restent dotées d'un pouvoir de prendre des mesures initiales, leurs pouvoirs sont venus, sous l'influence de réglementations de plus en plus spécifiques, se confondre dans une obligation de concrétisation²⁶²¹. Suivant une simplification abusive, la réglementation et l'exclusivité qui caractérisent les pouvoirs de polices spéciales auraient pour effet de réserver cette obligation d'agir aux pouvoirs de police générale alors chargée de lutter contre les risques résiduels ou la carence des premières, tel que celui incombant au maire en matière d'installations classées²⁶²². Quant à la responsabilité des titulaires de pouvoirs de police spéciales, elle sera engagée dès lors que les conditions prévues par la loi pour l'exercice du pouvoir de police sont réunies²⁶²³. C'est là précisément que l'arrêt *Doublet* se serait inscrit en faux, « son relai ayant eu le défaut d'obombler d'autres formes de la reconnaissance de l'obligation d'agir en matière de police ». Tel serait ainsi le cas de l'affaire AZF que l'on a appréhendé par une défaillance des autorités de contrôle au lieu de le relier expressément à la police administrative. Tel serait également le cas de « l'obligation pesant sur le pouvoir réglementaire de mettre en œuvre les lois, au moins dans le cadre des polices administratives spéciale », et « précisément, que peut-être que celles-ci que *Doublet* a le tort de masquer, en laissant croire qu'il existe qu'une obligation d'agir "jurisprudentielle" ». Dans le cadre des polices spéciales,

²⁶¹⁹ F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *op. cit.*, pp. 71 et ss en référence à P. BON, « Police municipale : principes de fond », *op. cit.*, § 18 pour qui : « l'obligation d'appliquer des mesures de police déjà prise [...] n'est après tout, qu'une application particulière du principe général selon lequel l'autorité administrative à l'obligation de prendre les mesures nécessaires à l'exécution des lois et des règlements »

²⁶²⁰ J. M. PONTIER, « La multiplication des polices spéciales : pourquoi ? », *JCP A*, n°15, 2012, 2113.

²⁶²¹ Voy. en ce sens B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 782 relevant une atténuation du principe d'adaptation dans les hypothèses de police spéciale, « l'encadrement textuel pouvant aboutir à ce que l'administration se trouve en situation de compétence liée », et A. PERRIN, « Le renforcement de l'obligation d'agir des autorités de police – note sous CE, 15 juillet 2015, n° 367484, *Commune d'Hébuterne, Rec. Lebon*, p. 285 » *AJDA*, 2015, p. 2277, sp. p. 2279.

²⁶²² L'arrêt *Commune de Taverny* en a également témoigné à un autre égard. Si la responsabilité de la commune y avait été engagée en raison de l'omission du maire d'informer le préfet de la défaillance de l'exploitant de l'installation classée, son manquement à l'obligation lui incombant d'agir au titre de son pouvoir de police général afin de mettre un terme au péril grave et imminent que représentait l'installation classée avait également été mis en cause. Dans ce contexte, en raison de la substitution opérée, ces conditions d'urgence ou de péril imminent seraient donc des conditions substantielles qui décident des pouvoirs et des obligations de la police générale en ce domaine : voy. CE, 13 juill. 2007, *Commune de Taverny*, *op. cit.* et auparavant CE, 22 janvier 1965, *Consorts Alix*, *op. cit.* ; CE, 17 janvier 1977, n°4506, *Époux Poussière, Inédit* ; CE, 15 janvier 1986, *Sté Pec-Engineering, Rec. Lebon*, p. 425 ; CE, 9 septembre 1998, n°162678, *Mairesse* ; CAA, Bordeaux, 18 mars 2010, n° 09BX01338, *Commune de Betsave-Aguin*. Plus généralement, sur cette question ; J. M. PONTIER, « La multiplication des polices spéciales : pourquoi ? », *op. cit.* ; G. EVEILLARD, « L'exclusivité des polices environnementales », *AJDA*, 2020, pp. 1129-1137 ; A-S. DENOLLE, « Concours de police en matière environnementale : quelle place pour le maire ? », *ACT*, 2019, pp. 370-374.

²⁶²³ Voy. A. PERRIN, « Le renforcement de l'obligation d'agir des autorités de police », *op. cit.*, p. 2279 soulignant néanmoins que « lorsque le législateur institue une telle police [police spéciale exclusive], il prévoit les conditions de son intervention et encadre les pouvoirs conférés à l'autorité compétente. Dans cette hypothèse, l'existence d'un trouble avéré à l'ordre public n'est pas une condition suffisante pour établir la carence fautive de l'autorité de police. La responsabilité administrative ne pourrait pas être engagée si les conditions prévues par la loi pour l'exercice du pouvoir de police spéciale n'étaient pas, en l'espèce, réunies ».

« l'obligation d'agir est *a minima* en filigrane des textes, le juge n'hésitant pas du reste à la découvrir, au prix d'interprétations constructives »²⁶²⁴.

Parce qu'elle justifie au fond la distinction entre les activités de police et les activités de contrôle ordinaire, et parce que les obligations de contrôle et de surveillance à l'instar de celles incombant à l'administration en matière d'installations classées ne constituent qu'un aspect particulier de cette mission de police spéciale, cette obligation d'agir subsiste indépendamment de la réglementation en vigueur. C'est finalement la que pourrait se trouver toute la difficulté à finalement appréhender le raisonnement du Conseil d'État en l'affaire AZF, et c'est finalement là que pourrait se trouver le point d'influence de la règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion nucléaire.

2. La réaffirmation de l'obligation jurisprudentielle d'agir

615. Conclusion sur l'affaire AZF : une décision convoquant une obligation d'agir. Dans l'affaire AZF, la Cour d'appel, suivant l'idée selon laquelle même en dépit de son pouvoir discrétionnaire le préfet est tenu de parvenir au résultat du respect de la réglementation en vigueur, aurait éludé, en même temps que la question de son obligation à agir, la question de la nécessité à agir qui en résultait autrefois. Du simple constat selon lequel l'objectif du respect de cette réglementation n'avait pas été atteint, elle aurait tiré l'existence d'une faute. À la différence, derrière une étude de « la défaillance des autorités de contrôle », il peut être envisagé que le Conseil d'État s'en soit tout simplement référé à cette obligation d'agir. L'interprétation de ce dernier quant au niveau de dangerosité présenté par le bâtiment 221 pourrait en réalité s'assimiler à un contrôle de l'appréciation portée par le préfet sur le risque présenté par ledit bâtiment. Le juge aurait validé la position de ce dernier de ne pas réagir face à une situation ne présentant *a priori* aucun péril imminent. Cela ne paraît d'ailleurs que peu surprenant si l'on relève que, dans l'arrêt *Lescure* sus-évoqué, le Conseil d'État affirmait l'obligation de l'administration « de prendre sans qu'elle ait à y être invitée par [un tiers] les mesures que son exécution appelait *nécessairement* »²⁶²⁵. À la lumière de l'obligation d'agir du pouvoir de police, il est donc possible de penser que le raisonnement tenu par le Conseil d'État dans l'arrêt AZF, et par la jurisprudence antérieure en matière d'installations classées, convoque au fond cette obligation d'agir. Certainement le préfet est tenu de (ré)agir lorsqu'il est dûment informé du non-respect des prescriptions²⁶²⁶. Cette obligation est ainsi justifiée par la menace pour les intérêts mentionnés à

²⁶²⁴ C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence Doublet ? », *op. cit.*, p. 4 faisant référence à l'arrêt CE, 13 octobre 2017, n°397031, *Commune de Six-fours-les-plages* posant l'obligation d'agir du maire en matière de déchets sur le fondement de l'ancien article L541-3 du *Code de l'environnement* à partir du moment où il était informé d'un dépôt de déchets susceptible d'emporter des conséquences dommageables. Rapprochez avec CE, 18 décembre 2020, n°420569, *Commune de Six-fours-les-plages*, *Inédit*.

²⁶²⁵ Voy. CE, 5 juillet 2004, n° 243801, *Lescure*, *op. cit.* Il s'agissait là, certes, de l'obligation d'exécuter une injonction, une hypothèse néanmoins incluse par Christophe ROUX dans l'obligation d'agir considérant « les carences policières maquillées par le pouvoir d'injonction » (C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence Doublet ? », *op. cit.*, p. 4) et pouvant concerner plus généralement l'obligation d'agir du préfet : voy. X. DE LESQUEN, « Accident de l'usine AZF : dans quelles conditions la responsabilité de l'État aurait-elle pu être recherchée - Conclusions sur CE, 17 décembre 2014, n° 367202, *Époux Molin* », *op. cit.*, § VI, note 6.

²⁶²⁶ Voy. X. DE LESQUEN, « Accident de l'usine AZF : dans quelles conditions la responsabilité de l'État aurait-elle pu être recherchée - Conclusions sur CE, 17 décembre 2014, n° 367202, *Époux Molin* », *op. cit.*, § VI faisant référence à l'abstention fautive du préfet « dûment informé » et aux jurisprudences déjà évoquées *supra*, notamment CE, 26 novembre 1975, *Dugest*, *op. cit.* ; CE, 9 juillet 2007, n° 288367, *Société Terrena*, *op. cit.* et CE, 5 juillet 2004, n° 243801, *Lescure*, *op. cit.*

l'article L511-1 du *Code de l'environnement* et plus largement pour l'ordre public que représente le non-respect des prescriptions édictées. Mais la tolérance accordée sporadiquement à son inaction se comprend compte tenu de l'appréciation portée par ce dernier sur cette menace²⁶²⁷. En revanche, il n'est tenu à aucune obligation de résultat sur ce point.

Cela étant, on comprend qu'il ait pu être reproché au Conseil d'État de ne pas avoir réitéré l'application de l'obligation d'information incombant à l'administration policière et accompagnant, comme vu *supra*, l'obligation d'agir. L'on pourrait objecter que l'activité de contrôle n'était pas en cause dans l'affaire amiante ayant suscité cette obligation d'information. À l'instar d'Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, cette objection ne paraît cependant pas recevable²⁶²⁸. Ce n'est pas tant argumenter ici que « l'obligation d'agir n'est [plus] seulement une obligation de réagir »²⁶²⁹ ou que l'activité de contrôle ne doit s'envisager que comme un aspect particulier d'une activité de police²⁶³⁰. Simplement, et à la différence de la situation présentée par l'affaire amiante et de ce qui pourrait éventuellement survenir pour les activités de fusion nucléaire, les risques liés aux ammonitrates étaient connus et faisaient l'objet d'une réglementation. Ce n'est donc pas un manque d'information ou de suivi scientifique qui étaient en cause que, « comme dans de nombreux autres cas, une banalisation du risque ». Les « pertes de mémoire, erreurs de perspectives dans la perception du risque et banalisation des dangers sont des phénomènes fréquents dans les industries à risque » et elles doivent être combattus « sans relâche »²⁶³¹. Dans le cadre du contentieux AZF, l'unique question qui se pose devrait donc être celle de la banalisation du risque dont l'État a fait preuve. Il s'agit donc d'une simple difficulté relative à l'appréciation subjective par l'État d'un état de risque, et donc l'appréciation portée sur un standard de comportement, lequel nous l'admettons, a été relativement élevé par le Conseil d'État. On se retrouverait alors dans la même problématique que celle qui se trouvait sous-jacente au contentieux dans le cadre de l'accident nucléaire de Tchernobyl, lequel convoquait bien une obligation de (ré)agir, mais *ex post facto* : celle de l'absence de mesures adaptées aux risques éventuels présentés par une situation dont on aurait sous-estimé le potentiel dommageable, dit, vulgairement, un nuage radioactif dont on ne pensait pas qu'il passerait les frontières.

616. Constat final : l'influence du rôle de la règle de responsabilité du fait des activités à risque.

S'il est possible de confirmer que les obligations incombant à l'administration en matière d'activité à risque ne constitueraient qu'une ombre de l'obligation d'agir du pouvoir de police, reste à déterminer les standards suivant lesquels l'administration est tenue d'agir. Sur ce point, la tentation serait grande de réhabiliter les critères de la jurisprudence *Doublet* à l'égard desquels il apparaît « difficile, soixante ans plus tard, de ne pas y lire une certaine conception du raisonnable, du juste (de

²⁶²⁷ Voy. H. GROUD, « Réflexions sur le contrôle des installations classées. À propos de la jurisprudence récente », *op. cit.*, pp. 1492 et ss

²⁶²⁸ A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « AZF : une décision explosive », *op. cit.*, p. 595.

²⁶²⁹ S. RENARD, *L'ordre public sanitaire (Étude de droit public interne)*, *op. cit.*, p. 148 à propos justement de l'obligation d'information incombant à la police sanitaire.

²⁶³⁰ Anne JACQUEMET-GAUCHÉ sous-entend cette idée considérant que « si ce n'est à l'État, à qui incombe cette charge d'informer l'administration et si l'administration n'a pas pour rôle de procéder elle-même à des vérifications, qu'entend-on par "activité de contrôle" ? Cela ne revient-il pas à réduire à néant cette mission ? » : « AZF : une décision explosive », *op. cit.*, p. 595.

²⁶³¹ Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur par M. François LOOS et M. Jean-Yves LE DÉAUT*, *op. cit.*, p. 17.

la proportionnalité ?), mais aussi un efficace rempart contre la schizophrénie ambiante » de l'opinion publique « prompte à dénoncer l'inquisition administrative (policière) » mais « impitoyable envers les carences de la police »²⁶³². Compte tenu de l'évolution constatée, il conviendrait cependant de chercher un autre moyen d'apprécier la mesure dans laquelle l'administration doit agir face à une menace pour l'ordre public que constitue les activités à risque, quand cette responsabilité doit en premier lieu incomber à ceux qui en auront la maîtrise directe. Aussi, la jurisprudence *Doublet* constitue certainement une « caisse de résonance sur laquelle il est permis de penser que la doctrine n'a peut-être pas assez frappé »²⁶³³. Mais dans une société où l'appréciation de la menace à l'ordre public semble avoir évolué, il y aurait certainement matière à y consacrer des nouveaux développements si l'on veut bien croire que l'obligation d'agir constitue une « porte d'entrée naturelle pour accueillir les obligations positives en matière de droit de l'homme »²⁶³⁴, lesquelles ne sont par ailleurs peu étrangères à la question des activités à risque. En droit français, le lien est déjà palpable entre la protection de l'ordre public et le respect des droits fondamentaux²⁶³⁵, et l'on aperçoit aisément le potentiel de ces derniers à agir comme un palliatif à la revendication croissante d'un droit à la sécurité inexistant²⁶³⁶. Mais plus encore, cette obligation d'agir se retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme eu égard aux « activités dangereuses ». À la suite de l'arrêt *Lopez Ostra*²⁶³⁷, ce que la Cour convoquait, dans l'arrêt *Öneryildiz*, comme une série d'obligations positives propres à la maîtrise des risques industriels²⁶³⁸, n'était autre qu'une obligation d'agir de police pour

²⁶³² C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Doublet* ? », *op. cit.*, p. 4 et dans le même sens D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », *op. cit.*, p. 307. Rapprochez avec F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *op. cit.*, sp. p. 76.

²⁶³³ C. ROUX, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Doublet* ? », *op. cit.*, p. 4.

²⁶³⁴ *Ibid.*

²⁶³⁵ Il est certains auteurs pour qui l'ordre public constitue « une norme de nécessité » qui fonde « les restrictions à tel aspect de la liberté ou de tel ou tel droit que dans la seule mesure où cela apparaît nécessaire à la protection de l'ordre général qui garantit ces droits ». Ainsi l'ordre public devrait se comprendre « en miroir » avec les droits fondamentaux et l'activité de police viserait leur respect : E. PICARD, « Police », *op. cit.*, p. 1168 et dans le même sens B. STIRN, « Ordre public et libertés publiques » in R. SÈVE (dir.), *L'ordre public*, Paris, Dalloz, 2015, p. 6 ; M. WALINE, note sous CE, *Doublet*, *op. cit.*, RDP, 1960, p. 802 ; J.M. SAUVÉ, « État de droit et efficacité », *AJDA*, 1999, p. 124 ; C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, Montpellier, 2009, p. 202 ; D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », *op. cit.* et M. GUYOMAR, « Conclusions sur CE, 17 décembre 2008, n° 305594, Section française de l'OIP », *Gaz. Pal.*, 24 février 2009, n° 55, p. 26 dans lequel il appelait le Conseil d'État à opérer « l'analogie » entre la protection des droits fondamentaux et l'obligation de prendre des mesures de police.

²⁶³⁶ Sur cette question voy. notamment P. YOLKA, « Penser le droit administratif autrement ? », *AJDA*, 2019, p. 1622 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Chronique des thèses : Rapport sur la thèse de Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme* », *RFDA*, 2013, p. 205., p. 205 ; « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », *RDLF*, 2018, chron. 13 ; M-A. GRANGER, « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité », *RSC 2009*, p. 275 ; A. MUSTAPHA, « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, pp. 139-159.

²⁶³⁷ Rapidement, la Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, obligé les autorités étatiques à évaluer les risques qu'une activité exploitée par une personne privée pouvait avoir sur l'environnement et *a fortiori* sur les individus, et ainsi ouvert la possibilité de contester la carence des autorités administratives en matière de pollution causée par une activité privée sur le terrain du droit à la vie privée et familiale : voy. CEDH, *Lopez Ostra c/Espagne*, 9 décembre 1994, n° 16798/90, §§ 54-55 et concernant le rapport de la Commission J-F. FLAUS, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme » *AJDA*, 1994, 518.

²⁶³⁸ Partant du constat que l'article 2 de la Convention oblige l'État à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie en se dotant d'un appareil législatif et administratif adéquat (CEDH, *L.C.B. c/Royaume-Uni*, 9 juin 1998, req. n° 23413/94, § 36 ou encore CEDH, *Osman c/Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, § 115), le juge européen y considèrerait pour la première fois que « cette obligation s'applique sans conteste dans le domaine spécifique des activités dangereuses, où il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux particularités de l'activité en jeu [...]. Elle doit régir l'autorisation, la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle afférents à l'activité ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause » : CEDH, *Öneryildiz c/Turquie (II)*, 30 novembre 2004, req. n° 48939/99, § 90 concernant une explosion accidentelle et mortelle survenue sur une déchetterie. Dans le même sens, voy. ensuite CEDH, *Bacilat c. Roumanie*, req. n° 19234/04, 30 mars 2010, § 61 ; CEDH, *Brincat et autres c. Malte*, 24 juillet 2014, req. n° 60908/11, 62 110/11, 62 129/11, 62 312/11 et 62 338/11, §§ 101-102 ou encore CEDH, *Cordella et a. c/Italie*, 24 janvier 2019, req. n° 54414/13 et 54 264/15, § 159.

la protection des droits garantis par la Convention²⁶³⁹. Cette obligation d'agir était alors conditionnée par la connaissance subjective et objective du risque encouru, marquant sur ce point la reconnaissance explicite d'une obligation de moyens incombant aux autorités étatiques²⁶⁴⁰. Toutefois, sans aller plus loin dans ces propositions de réforme, il faut surtout comprendre que, quel que soit la forme sous laquelle une telle rationalisation serait entreprise, elle serait en tout état de cause autorisée en raison de la règle de responsabilité du fait des activités à risque que nous proposons à l'endroit des activités de fusion nucléaire, et par derrière elle à l'endroit des activités à risque tombant dans l'angle mort des régimes spéciaux et susceptibles de provoquer des dérives vindicatives.

En effet, si ramasser les obligations de prévention incombant aux autorités administratives à l'obligation d'agir permet d'offrir une lecture générale et simplifiée de ces dernières, la rationalisation qui pourrait être opérée sur ce terrain serait autorisée par la règle de responsabilité. Ce constat repose sur un phénomène de vases communicants rappelant au souvenir de celui voulu par les partisans civilistes d'un « système de réparation pure »²⁶⁴¹ consommant le divorce entre la responsabilité et les mécanismes d'indemnisation et permettant « la contre-offensive de la culpabilité »²⁶⁴². Mais il est également observé en droit administratif. À l'examen des contentieux relatifs à l'amiante et au sang contaminé dans lesquels il s'est fait jour que soit plus clairement établie la part de responsabilité de l'État²⁶⁴³, un auteur a effectivement constaté que l'indemnisation, en dépit des critiques qui lui sont adressées, constituait un supplétif mais surtout un correctif de la responsabilité administrative²⁶⁴⁴. En reportant la question de l'indemnisation sur les fonds, la responsabilité administrative aurait ainsi pu assumer pleinement la fonction qui est la sienne : celle d'une « obligation de réparation » fondée sur le comportement de l'auteur du dommage. Les considérations portées aux victimes apparaissant moins contraignantes, le juge aurait ainsi surpassé le dilemme lui imposant de faire un choix entre sauvegarder les principes et les fonctions du droit de la responsabilité administrative ou tordre ceux-ci pour assurer l'effectivité de la réparation.

Or ce raisonnement s'avère transposable à la règle de responsabilité du fait des activités à risque et la relation qu'elle entretient avec la règle de responsabilité civile. Plus encore, la règle de responsabilité appelée de nos vœux pourrait l'enrichir. À la différence des fonds d'indemnisation, la règle de responsabilité du fait des activités à risque devrait conserver les deux fonctions qui sont celles de la responsabilité civile en ce domaine. En obligeant l'exploitant à renforcer les mesures de prévention de

²⁶³⁹ Les obligations imposant l'adoption d'une réglementation englobent tant l'encadrement externe qu'interne de la poursuite d'une activité. En sus d'obliger les États à se doter d'un cadre législatif, elles laissent une place prépondérante à l'action des autorités de police administratives, dont il faut rappeler qu'elles sont toujours chargées de concrétiser les principes généraux définis par la loi. De plus, le juge européen pose des obligations complémentaires de prévention opérationnelles que matérialisent les « mesures d'ordre pratique » évoquées dans l'arrêt sus-évoqué. Ce sont bien des procédés matériels de police administrative qui sont visés, la Cour ayant précisé dans l'arrêt *Tatar* que les mesures préventives requises sont « celles qui rentrent dans le cadre des pouvoirs conférés aux autorités et qui [peuvent] raisonnablement passer pour aptes à pallier les risques portés à leur connaissance » : CEDH, *Tatar c/Roumanie*, 27 janvier 2009, n° 67021/01, § 108 et P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Nantes, 2018, pp. 228 et ss.

²⁶⁴⁰ Dans sa jurisprudence, la Cour conditionne l'obligation d'agir de l'autorité étatique dument informée d'un danger – ou ayant véritablement eu les moyens de savoir : voy. P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 365 et ss et pour exemple CEDH, *Tatar c/Roumanie*, op. cit., § 107 ; CEDH, *Öneryıldız c/Turquie (II)*, op. cit., §§ 98-101 ou encore CEDH, *Fadeieva c/Russie*, 9 juin 2005, n° 55723/00, §§ 90-92.

²⁶⁴¹ M-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 80

²⁶⁴² Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile, déclin ou renaissance ? », op. cit., p. 41 et supra Section 1, § 1, B.

²⁶⁴³ Voy. supra § 2, B, 2, b.

²⁶⁴⁴ Voy. A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, op. cit., sp. p. 233 et ss.

son activité, la prévention ne serait plus l'apanage de la puissance publique. L'idée ne serait ainsi plus valable que les personnes poursuivant une activité à risque, telle que les activités de fusion nucléaire, ne sont pas tenues d'un tel devoir, ou qu'elles le remplissent qu'à partir du moment où elles respectent les prescriptions légales. Ensuite, elle permettrait aux victimes d'obtenir une réparation que les mécanismes d'indemnisation ne sont pas aptes à leur fournir. D'un grandissement de la responsabilité civile, il en ressortirait alors un renforcement de la responsabilité administrative. La reconnaissance de la faute de l'administration y poursuivrait alors que l'objectif de « moraliser l'administration en prenant [véritablement] au point de vue moral et matériel l'allure d'une sanction »²⁶⁴⁵ et de signaler clairement, sans interférence d'aucun autre facteur, les limites dans lesquelles celle-ci peut et est tenue d'agir²⁶⁴⁶. Tel serait donc l'apport, à l'endroit de la responsabilité administrative, d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable à la fusion. Tel serait le juste moyen de protéger l'État français d'un contentieux excessivement probable si un accident nucléaire de fusion devait, demain, survenir sur le territoire français.

617. Conclusion du §. Ce paragraphe destiné à l'étude de l'influence de la règle de responsabilité du fait des activités à risque sur la responsabilité administrative a servi à démontrer *in fine* l'apport que représenterait cette dernière pour la matière. On a en effet pu constater que la responsabilité administrative dans le domaine des activités à risque, et principalement des installations classées, montrait une incertitude certaine née d'une lecture ambiguë des obligations incombant à l'administration. Il pouvait ainsi en ressortir une certaine frustration quand cette incertitude pouvait s'opérer tantôt au service des victimes, tantôt au service de l'administration. Une règle de responsabilité du fait des activités à risque, en permettant d'opérer avec plus de facilité le (re)report de la charge de la réparation sur le *primo* responsable, permettrait de proposer une lecture différente des obligations incombant à l'administration. C'est pourquoi que la proposition de ramasser les obligations de prévention incombant aux autorités administratives à l'obligation d'agir offre une lecture générale et simplifiée de ces dernières. Lorsque le risque présenté par l'activité ne fait, en effet, l'objet d'aucune réglementation spécifique, l'obligation d'agir s'apprécie dans la menace pour l'ordre public représenté par ce risque obligeant l'administration à prendre des mesures de police initiales. Lorsque le risque présenté par l'activité fait l'objet d'une réglementation spécifique ou qu'une réglementation plus générale lui est applicable, cette obligation d'agir demeure latente. Quoiqu'elle se matérialise, voire se double, dans une obligation de respecter et de faire respecter la réglementation en vigueur, la prévention ne constitue encore qu'une obligation de moyen rappelant à l'obligation de due diligence du droit international public, lequel occupera justement nos prochains développements.

§ 2. Une contribution au développement du droit international du fait des activités à risque

618. De la souveraineté absolue à la souveraineté limitée. Dans le monde fini qui est le nôtre, une grande part de l'espace est partagé entre des États souverains exerçant sur leur territoire des

²⁶⁴⁵ J-M. AUBY, « Préface » in M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, op. cit., p. 15.

²⁶⁴⁶ Voy. ainsi B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, op. cit., p. 44 : « par l'identification de comportements fautifs, l'administration aperçoit ce qu'elle ne peut pas faire et en contrepoint, ce qu'elle peut faire ».

compétences plénières et exclusives au point que l'on parle pour les désigner de *souveraineté territoriale*. L'État est en effet le sujet territorial par excellence et sa compétence s'étend à la portion du globe terrestre qui est réputé lui appartenir. Dans la logique westphalienne des siècles passés et de la doctrine HARMON de la souveraineté absolue, la société internationale est donc longtemps restée dominée par l'idée que toute interférence extérieure sur le territoire d'un État devrait être prohibée et qu'un État pouvait disposer de son territoire selon la manière qu'il estimait la plus conforme à ses intérêts nationaux, indépendamment des conséquences externes pouvant en résulter²⁶⁴⁷. Des limites ont dû néanmoins s'imposer lorsqu'une interdépendance étatique a résulté des développements technologiques, et ce afin que le droit international puisse prétendre à un minimum d'effectivité. En effet, comme les droits nationaux, le droit des gens a dû affronter l'épreuve de l'adaptation de ses règles et de ses procédures à la réparation des dommages transfrontières susceptibles d'être causés par les activités entreprises sur les divers territoires étatiques. Il s'est donc avéré nécessaire de redéfinir le caractère souverain des États, dont la mémoire collective était davantage « axée sur la lutte pour leur survie individuelle que sur les sacrifices mutuellement consentis qu'impliquent la vie en société »²⁶⁴⁸. Pour cela, si ceux-ci ont eu quelques réticences à reconnaître qu'il leur devenait désormais impossible d'invoquer leur souveraineté sans prendre en considération leurs voisins, les juristes de l'époque n'ont eu, en revanche, que peu d'hésitations à franchir le pas de la souveraineté limitée. Une nouvelle définition de la souveraineté a ainsi pris forme, notamment dans les mots de Max HUBER tenant lieu de *locus classicus* : *la souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres États*²⁶⁴⁹. Mise en lien avec la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*, cette nouvelle appréhension de la souveraineté a alors participé à l'émergence d'une nouvelle obligation internationale. Parce que l'État ne pouvait désormais laisser faire usage de son territoire – « fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États »²⁶⁵⁰ – de façon à porter atteinte aux droits des États voisins, il aurait été tenu de prévenir la survenance de dommages transfrontaliers susceptibles de trouver leur origine dans des activités menées sur son territoire.

619. De la responsabilité fondée sur l'illicite à la responsabilité même sans illicite. Cette obligation n'a cependant jamais eu de caractère absolu. La seule survenance d'un événement montrant des conséquences transfrontières dommageables ne saurait suffire à obliger l'État sur le territoire duquel il aurait trouvé sa source à fournir quelque réparation. Quoique les obligations des États en matière

²⁶⁴⁷ La doctrine HARMON est ainsi dénommée à raison de la position formulée en 1895 par Judson HARMON, Attorney général des États-Unis, à l'occasion du différend du Chamizal opposant les États-Unis au Mexique à propos des dérivations opérées du Rio Grande : "[t]he fundamental principle of international law is the absolute sovereignty of every nation, as against all others, within its own territory. All exceptions [...] to the full and complete power of a nation within its own territories must be traced up to the consent of the nation itself. They can flow from no other legitimate source. [...] [T]he rules, principles, and precedents of international law impose no liability or obligation upon the United States". Voy. S. C. MCCAFFREY, "The Harmon Doctrine One Hundred Years Later : Buried, Not praised", *Natural Resources Journal*, 1996, vol. 36, pp. 965-1007 ; A-C. KISS, D. SHELTON, *International Environmental law*, Londres, Graham and Trotman, 1991, p. 120 ou encore C. ROMANO, « L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles » in C. LEBEN, D. CARON, *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 385.

²⁶⁴⁸ CDI, « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1986, vol. II (1), p. 155, § 29.

²⁶⁴⁹ *Ile de Palmas (États-Unis c. Pays-Bas)*, sentence arbitrale du 4 avril 1928, *RSA*, vol. II, p. 839.

²⁶⁵⁰ CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, avis du 21 juin 1971, *Rec. CIJ*, p. 54, § 118.

de prévention se soient affermies, le droit international public n'a jamais entendu préserver coûte que coûte l'intégrité du territoire de chacun des États. Des tentatives ont pourtant été opérées en ce sens quand il est devenu inconcevable que le coût de certains dommages résultant d'activités non interdites pèse sur des victimes innocentes de telle manière qu'un État se retrouve à subventionner des activités profitables à un autre²⁶⁵¹. Par-delà la consécration progressive d'obligations primaires incombant aux États en matière de prévention²⁶⁵², l'évolution technologique a donc été le terrain d'élection d'une réflexion tendant vers une objectivisation de la responsabilité étatique internationale. Il faut dire que la démarche visant à détacher la responsabilité de la notion de faute s'y trouvait en elle-même relativement accessible. « Assassinée »²⁶⁵³ par ANZILOTTI, la faute y montrait déjà une définition visant le manquement à l'obligation internationale sans toute autre considération subjective²⁶⁵⁴. Néanmoins, la particularité du mode de formation de ce droit qui résulte de la seule volonté de ses justiciables n'a pas pu autoriser l'analogie avec l'évolution des droits civils internes²⁶⁵⁵. Les propositions formulées en ce sens n'ont dès lors que peu trouvé d'écho. Pour cela, elles confirment définitivement l'intérêt d'une responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque visant les exploitants d'activités telles que les activités de fusion nucléaire dont les conséquences pourraient, éventuellement, dépasser les frontières des États²⁶⁵⁶.

620. Plan. Tel est du moins le constat à tirer de la quête d'une responsabilité étatique *même sans illicéité* du fait des activités à risque dont il s'agira d'appréhender les premières vues et limites (A.) avant d'étudier la mesure dans laquelle la Commission du droit international, saisie de cette question, devait l'avoir définitivement (ou presque²⁶⁵⁷) « enterrée »²⁶⁵⁸ en reléguant la question aux mécanismes de droit civil (B.).

²⁶⁵¹ CDI, « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *op. cit.*, p. 162, § 54.

²⁶⁵² Le droit international de la responsabilité use particulièrement de cette dichotomie inspirée des travaux de HART. La règle primaire est toute règle de fond susceptible d'être violée, et dont la violation fait surgir un système de règles secondaires disposant des conséquences de cette violation. Il faut cependant garder à l'esprit que cette dichotomie peut être relativisée car une norme secondaire peut également ne pas être respectée constituant ainsi la norme primaire d'une autre norme secondaire. Sur cette distinction E. DAVID, "Primary and Secondary Rules" in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (dirs), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, pp. 27-34 ; D. ALLAND, J. COMBACAU, "Primary and Secondary Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International Obligations", *NYIL*, vol. 16, 1985, pp. 81-109 ; R. QUENTIN-BAXTER, « Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1980, vol. II(1), p. 250, sp. § 24.

²⁶⁵³ P-M. DUPUY, « Faute de l'État et fait internationalement illicite », *Droits*, n° 5, 1987, p. 51.

²⁶⁵⁴ Voy. D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, vol. 13, pp. 5-29 et 286-309 et en ce sens P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976, p. 13. Sur la notion de faute en droit international, voy. également A. GATTINI, « La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale », *EJIL*, 1992, n° 3, pp. 253-284 et A. OUEDRAOGO, « L'évolution du concept de faute dans la théorie de la responsabilité internationale des États », *RQDI*, vol. 21, 2008, pp. 129-165.

²⁶⁵⁵ En droit international, les rapports entre États ne sont que rarement normalisés par le recours au règlement juridictionnel quand l'absence de juridiction n'a jamais en sus éteint la réclamation. Les États étant eux-mêmes créateurs des normes auxquelles ils sont soumis, ils ne présentent pas la même « docilité » que les personnes privées « placées tout entières sous la verticalité inconditionnelle de la loi et l'autorité incontestable de la chose jugée » : voy. P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 14.

²⁶⁵⁶ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2.

²⁶⁵⁷ A en croire le site theses.fr, un travail doctoral serait en cours sur cette question et poursuivi par Ali SHARIFI RAYENI à l'Université de Strasbourg sous la direction de Niki ALOUPI et Andrea HAMMAN.

²⁶⁵⁸ A. BOYLE, "Liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law" in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (dirs), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, p. 98.

A. L'appel à une responsabilité *même sans illicéité* du fait des activités à risque

621. Une rupture avec le principe de la responsabilité étatique classique. Classiquement, la responsabilité internationale de l'État repose sur le manquement à une obligation internationale lui étant attribuable, c'est-à-dire sur l'existence d'un fait internationalement illicite. Rappelée par l'article 1 des articles de 2001 de la Commission du droit international faisant œuvre de codification et de développement en ce domaine, cette condition de la responsabilité en est devenue, à cette occasion, sa seule et unique²⁶⁵⁹. L'illicéité déclenchant une responsabilité servant le respect de la « légalité internationale », ce travail doctrinal a confirmé la déconnexion déjà latente entre le dommage et la responsabilité internationale²⁶⁶⁰. Cela ne signifie pas que le premier ait totalement disparu du champ d'analyse. D'une part, il est cette idée selon laquelle « le dommage se trouve compris implicitement dans le caractère anti juridique de l'acte »²⁶⁶¹. D'autre part, le dommage reste encore une condition de la réparation²⁶⁶², et parfois même la condition à la violation d'une obligation primaire²⁶⁶³ comme cela est le cas de certaines obligations de prévention. Plus encore, il a été la condition de la « *compund obligation* » qui a servi à un moment de fondement à une éventuelle responsabilité internationale du fait des activités à risque²⁶⁶⁴. Ainsi, si le dommage ne devait plus constituer en lui-même une condition de la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite, il est resté le *leitmotiv* principal des réflexions visant à l'établissement d'une responsabilité étatique « objective »²⁶⁶⁵ autrement dit d'une responsabilité « *même sans illicéité* »²⁶⁶⁶.

²⁶⁵⁹ CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *ACDI*, 2001, vol. II-2, p. 33.

²⁶⁶⁰ Voy. T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, thèse, Aix-Marseille, 2017, pp. 12 et ss.

²⁶⁶¹ D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 13. Cette idée a ainsi contribué à justifier la compréhension de l'institution en recourant à la notion de préjudice juridique : voy. E. ROOT, "The outlook of international law", *AJIL*, 1916, vol. 10, pp. 7 et ss ; B. STERN, « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États », *AFDI*, 2001, vol. 47, pp. 3-44 ; A. MAHIU, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », *RCADI*, vol. 337, 2008, p. 443 ; C. BARTHE-GAY, « Réflexions sur la satisfaction en droit international », *AFDI*, 2003, vol. 49, pp. 108 et ss ou encore J. BARBOZA, "Legal injury : the tip of the iceberg in the law of State responsibility ?" in M. RAGGAZI (dir.), *International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden, Brill, 2005, pp. 7-22.

²⁶⁶² La réparation, si elle n'est peut-être plus l'objet principal de la responsabilité internationale constitue néanmoins une conséquence fondamentale de la responsabilité. Ainsi, le *locus classicus* tenu dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne)*, arrêt du 13 septembre 1928, *Rec. série A*, n°17, p. 46 n'en reste pas moins valable que « [l]e principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite [...] est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ». Voy. CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *op. cit.*, art. 31 et commentaires relatifs, pp. 97. Il conviendra d'ailleurs de noter que les intérêts immatériels de l'État étant, en droit international prépondérant, il est largement admis la réparation du dommage moral « pur ». Ainsi, s'il a pu être argué que « le dommage est nécessaire pour fonder l'obligation de réparer », il reste « [qu']une atteinte illicite à des intérêts non matériels, par exemple des actes affectant l'honneur, la dignité ou le prestige d'un État, habilite l'État qui en est victime à recevoir une réparation adéquate, même si les actes en question n'ont pas causé à cet État de perte pécuniaire ou matérielle » : voy. *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, *RSA*, vol. XX, p. 217 (1990), p. 267, § 109.

²⁶⁶³ Voy. CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *ACDI*, 2001, vol. II-2, p. 37, § 9 : « [o]n a parfois dit que la responsabilité internationale ne peut être engagée par le comportement d'un État qui manque à ses obligations que s'il existe un autre élément, en particulier celui du "dommage" causé à un autre État. Mais la nécessité de tenir compte de tels éléments dépend du contenu de l'obligation primaire, et il n'y a pas de règle générale à cet égard [...] Pour être en mesure de déterminer si une obligation particulière est violée du seul fait que l'État responsable n'a pas agi ou si pour qu'elle le soit quelque autre événement doit se produire, il faut partir du contenu et de l'interprétation de l'obligation primaire, et l'on ne peut le faire dans l'abstrait ». Voy. également *ibid.*, comm. sous l'article 31, p. 98, §§ 6-8, sp. § 6 et C.J. TAMS, "Unity and diversity in the Law of State Responsibility" in A. ZIMMERMANN, R. HOFMANN, *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, p. 440.

²⁶⁶⁴ Voy. *infra* B.

²⁶⁶⁵ Sur les différentes appellations, voy. G. HAFNER, I. BUFFARD, « Les travaux de la commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages » in SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, pp. 146-147.

²⁶⁶⁶ On demandera au lecteur de nous pardonner l'emploi d'une responsabilité même sans illicéité qui vise à simplifier le propos quand, nous le verrons *infra*, cette « responsabilité » s'est trouvée délicate à catégoriser et systématiser les positions ayant différenciées entre un cas de responsabilité *sine delicto* et l'établissement d'une simple obligation « primaire » de réparer les dommages transfrontières.

622. Plan. Le dommage ne pouvant suffire à fonder la responsabilité de l'État, les obstacles à la reconnaissance d'une responsabilité *même sans illicéité* se trouvaient nombreux, qu'ils soient relatifs aux sources dans lesquelles ses premiers partisans semblaient y déceler l'existence (1.) ou au mécanisme en lui-même, lequel devait s'inscrire en quelque contradiction avec la mécanique du droit international (2.).

1. Les obstacles pratiques à la responsabilité internationale même sans illicéité

623. Un cadre propice à l'émergence d'une responsabilité même sans illicéité. Que la prolifération des activités technologiques et industrielles intervenant au plan international et susceptibles de causer des dommages transfrontières ait pu constituer le moteur d'une réflexion visant à la reconnaissance ne doit pas éluder le fait que l'idée avait déjà émergé dès le début du XXe siècle. Certaines doctrines et certaines décisions faisaient en effet déjà appel à l'idée de risque²⁶⁶⁷ ou d'abus de droit²⁶⁶⁸ pour fonder la responsabilité internationale. Trop dangereuses ou insuffisantes à déconnecter la responsabilité d'un cas d'illicéité²⁶⁶⁹, on ne pourrait pour autant conclure que ces théories n'ont reçu aucun accueil. La théorie du risque a trouvé un principe régulateur dans le droit international des activités à risque, tel que le régime de responsabilité civile nucléaire. Quant à la théorie de l'abus de droit, elle a influé sur l'émergence d'un « droit international du voisinage » dans lequel les défenseurs de la responsabilité *même sans illicéité* ont trouvé un argument à l'appui de leur thèse²⁶⁷⁰. Associé à la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*, cette idée de voisinage a en effet servi la naissance du principe d'utilisation non dommageable du territoire traditionnellement rattaché à l'affaire de la *Fonderie du Trail*²⁶⁷¹. Cette « obligation pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États » ayant ensuite été réaffirmée à l'occasion de l'affaire du

²⁶⁶⁷ Parmi ces diverses propositions, celle de Marc RÉGLADE était la plus englobante. Pour ce dernier la responsabilité de l'État fondée sur l'idée de risque-profit, voire d'une rupture d'égalité devant les charges publiques, aurait voulu que l'État fut internationalement responsable « de tout acte préjudiciable à un intérêt reconnu et protégé par le droit international indépendamment, non seulement d'une faute commise par un de ses organes, mais même de toute violation du droit international au sens large : du moment que la collectivité nationale profite de l'acte, elle doit supporter les préjudices causés à des intérêts tiers, comme en droit interne en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique » : M. RÉGLADE, « Les perspectives qui ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement du droit international public », *RGDIP*, vol. 37, 1930, pp. 381-419, et plus généralement sur la doctrine du risque étatif P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976, pp. 19-23.

²⁶⁶⁸ Soucieux de limiter l'arbitraire des États, plusieurs ont également tenté de diffuser dans le droit international la doctrine de l'abus de droit dont l'existence n'est aujourd'hui plus niée : voy. notamment N. POLITI, « Le problème de la limitation de la souveraineté et la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 6, 1925 sp. pp. 87 et ss ; A-C. KISS, *L'abus de droit en droit international public*, Paris, LGDJ, 1953 et rapprochez aujourd'hui avec M. LEMEY, *L'abus de droit en droit international public*, Paris, LGDJ, 2021, 496 p.

²⁶⁶⁹ Concernant la théorie du risque, sa mobilisation aurait bien souvent pu être expliquée par un défaut de diligence de l'État. Quant à sa formulation maximaliste telle qu'attribuée à RÉGLADE, elle aurait abouti à justifier la garantie de l'État pour tous les actes issus de son domaine d'application territoriale ou personnelle et n'aurait ainsi pas été utilisable. Pour ce qui concerne la théorie de l'abus de droit, l'analogie entre l'abus de droit et la responsabilité *même sans illicéité* n'aurait été valable qu'autant que l'on puisse voir dans l'abus de droit un fait générateur indépendant de la notion d'illicéité. Or, d'aucuns considéraient que l'abus de droit n'aurait simplement servi à dire qu'un État a exercé un droit de manière telle qu'il s'est traduit par la méconnaissance d'une obligation internationale : voy. P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., pp. 23-30 ; B. BOLLECKER, *La réparation du dommage et la théorie de la responsabilité internationale*, tome 1, thèse, Paris, 1970, pp. 66 et ss.

²⁶⁷⁰ J. ANDRASSY, « Les relations internationales de voisinage », *RCADI*, 1951, vol. II, pp. 86 et ss. On retrouve ainsi l'idée que l'abus de droit aurait servi l'identification de normes mal formulées : voy. N. POLITI, « Le problème de la limitation de la souveraineté et la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux », op. cit., sp. p. 109 ; H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 298

²⁶⁷¹ *Fonderie de Trail (États-Unis c. Canada)*, 11 mars 1941, *RSA*, vol. III, p. 1965 : « no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence ». Cette idée apparaissait toutefois déjà dans les arguments du gouvernement Belge qui en l'affaire des *Prises d'eaux de la Meuse* avait affirmé l'existence d'un « un principe général de droit international interdit à un État de faire sur son territoire des travaux qui causeraient un préjudice grave au territoire d'un autre État » : voy. Contre-mémoire de la Belgique dans l'affaire des *Prises d'eaux de la Meuse*, *Publications de la C.P.J.I.*, série C, 81, p. 191.

Détroit de Corfou²⁶⁷² puis étendue par les principes 21 et 22 de la Déclaration de Stockholm de 1972²⁶⁷³, elle a constitué un premier terrain propice à la défense d'une responsabilité internationale dénuée d'illicéité. En effet, outre cette nouvelle obligation incombant aux États, le droit international connaissait dans le même temps le développement de nouvelles activités – telles les activités de fission nucléaire – qui présentaient la caractéristique redoutable de diffuser des dommages très au-delà de frontières nationales. Or en sus de mettre en exergue la « généralisation du voisinage »²⁶⁷⁴, ces activités ont été l'occasion d'une consécration conventionnelle de l'intervention étatique dans la réparation des dommages. Ajouté à cela le développement des régimes de responsabilité *même sans faute* dans les droits internes et une pratique étatique allant sporadiquement dans ce sens, l'émergence d'un mouvement voulant que l'État soit responsable des dommages causés sur le territoire d'autres États « *in all case, regardless of the precautions that [it] has taken* »²⁶⁷⁵ ne devait ainsi plus surprendre.

Alors certes, si c'est avec une ardeur partagée que nombre d'auteurs ont soutenu l'idée d'une telle responsabilité, voire affirmé son existence en tant que « principe » du droit international public, les arguments utilisés par ces derniers au soutien de cette affirmation ont pu varier²⁶⁷⁶. Pour Clarence Wilfred JENKS, à qui l'on attribue généralement d'avoir été le premier à diffuser la doctrine de la responsabilité pour les activités comportant des risques exceptionnels (« *ultra hazardous activities* ») en droit international, il existait dans les conventions internationales existantes un faisceau d'indices autorisant, dans une démarche *de lege ferenda*, à proposer la formulation d'un principe voulant que l'État soit responsable *même sans illicéité* du fait des activités conduites sous sa juridiction ou son contrôle²⁶⁷⁷. Pour d'autres, à l'instar de Fred GOLDIE qui a développé une théorie « échelonnée » de la responsabilité étatique fondée sur la notion de « *pre-emptive activities* », une telle responsabilité aurait déjà existé dans le droit positif en aurait témoigné tant les instruments conventionnels existants que la pratique juridictionnelle que non juridictionnelle²⁶⁷⁸. Il n'est cependant pas opportun de revenir

²⁶⁷² CIJ, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, 9 avril 1949, *Rec. CIJ*, p. 22.

²⁶⁷³ Voy. *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, Doc. NU A/CONF.48/14/rev. I, principe 21 et 22 ; OCDE, « Note du Secrétaire » in *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, Paris, Ed. OCDE, 1977, p. 416.

²⁶⁷⁴ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., p. 35 et rapprochez *supra* ²⁶⁷⁵ J. DE ARÉCHAGA, « International Law in the past third of a century », *RCADI*, vol. 159, 1978, p. 272.

²⁶⁷⁶ Pour un recensement des auteurs ayant promu ce principe, outre ceux qui seront cités dans le propos voy. G. HANDL, « State liability for accidental transnational environmental damage by private persons », *AJIL*, vol. 74, 1985, p. 551-552, note 123-125.

²⁶⁷⁷ Voy. C.-W. JENKS, « Liability for Ultra Hazardous Activities in International Law », *RCADI*, 1966, vol. 117, pp. 105-193. S'inspirant de la règle *Rylands v. Fletcher* et du First Restatement of Law Tort posant le principe d'une « strict » liability pour les « ultra-hazardous activities », l'auteur avait mis en lumière la nécessité de pallier les insuffisances ou les inadaptations de la responsabilité pour fait illicite. Adoptant une démarche délibérément prospective et fondée sur des considérations essentiellement pratiques, l'auteur appuyait l'idée selon laquelle plus le risque présenté par une activité s'avérait important, plus il devait s'opérer un glissement de la responsabilité de l'exploitant vers la responsabilité de l'État. Conduisant alors une étude approfondie de toutes les activités à l'égard desquelles pourrait s'opérer ce glissement, il en était ainsi venu à formuler une déclaration inspirée de celles adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies à la même époque concernant les engins spatiaux (*Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique* (Résolution 1962, XVIII)). Il parvenait à la formulation d'une douzaine de principes mêlant obligation de prévention et organisation de la responsabilité, et parmi lesquels figurait donc le principe selon lequel « [e]very State is liable for injury to the world community or to other States or their nationals from ultra-hazardous activities occurring or originating within its jurisdiction or undertaken on its behalf or with its authority » (p. 694).

²⁶⁷⁸ Voy. L.F.E. GOLDIE, « Liability for Damage and the Progressive Development of International Law », *ICLQ*, 1965, vol. 14, pp. 1189-1240 ; « International Principles of Responsibility for Pollution », *CJTL*, 1970, vol. 9, pp. 283-330 ; « Development of International Environment Law - An appraisal » in J. HARGROVE (dir.), *Law Institutions and the Global Environment*, Oceana Publications Inc., Leiden, 1972, pp. 104-149. C'est en partant de la notion de « *pre-emptive activities* », entendu comme les activités susceptibles de causer des dommages pouvant provoquer une « expropriation » des droits qu'ont les victimes à user d'un certain milieu, que l'auteur entendait transposer la doctrine anglo-saxonne de la responsabilité du fait des activités comportant des risques exceptionnels. C'est à l'appui d'une analyse de l'effort conventionnel déjà entrepris

dans le détail de chacune de ces théories. Il paraît plus important de montrer que l'affirmation de la doctrine reposait *ab initio* sur des éléments qui s'inscrivaient déjà en inadéquation avec l'idée d'une responsabilité *même sans illicéité* de l'État du fait des activités à risque.

624. Plan. Ainsi, alors que le juge international ne devait jamais avoir reconnu l'existence d'une telle responsabilité (a.), tel n'était surtout pas le cas des États. Des conventions existantes, et notamment du régime de responsabilité civile nucléaire, comme de la pratique étatique, il aurait été audacieux de constater l'existence d'une quelconque *opinio juris sive necessitatis* visant à assoir l'existence d'une responsabilité *même sans illicéité* du fait des activités à risque (b.).

a. Une responsabilité en contradiction avec la jurisprudence internationale

625. Des décisions appelant une approche rétrospective. Il paraît certainement évident pour l'internationaliste d'aujourd'hui que les deux précédents que constituent l'affaire de la *Fonderie du Trail* et celle du *Détroit de Corfou* invoqués par une partie de la doctrine à l'appui de la reconnaissance d'une responsabilité *même sans illicéité* n'en ont jamais véritablement été le siège²⁶⁷⁹. Comme le soulignait déjà Charles DE VISSCHER, le principe de l'utilisation non dommageable du territoire ne tient aujourd'hui un État responsable que « *par omission de due diligence* dans l'accomplissement de ses devoirs internationaux »²⁶⁸⁰. Il suffira d'ailleurs pour en attester de se référer à la définition de l'obligation telle que formulée par la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Usines de Pâtes à Papier sur le fleuve Uruguay* :

« [L]e principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise ("due diligence") de l'État sur son territoire. Il s'agit de "l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États" (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22). En effet, l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout l'espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État »²⁶⁸¹.

Cela étant, il faut admettre que la notion de *diligence due* comme standard d'évaluation du respect d'une obligation internationale par un État n'était pas inconnue du droit international à cette

– dans lequel l'auteur avait perçu la manifestation d'une *opinio juris sive necessitatis* – et de la pratique juridictionnelle comme non juridictionnelle internationale, que ce dernier concluait à l'émergence « despite the prevailing conservatism [...] of strict liability as a principle of public international law » ("International Principles of Responsibility for Pollution", *op. cit.*, p. 306). Partant du postulat selon lequel le droit international n'aurait pas eu suffisamment d'autorité pour interdire les activités présentant des risques exceptionnels, l'auteur considérait ainsi que sa seule possibilité était d'imposer un régime de responsabilité susceptible d'influer sur leur potentialité dommageable. parce que certaines de ces activités constituaient un progrès certain, il soulignait la nécessité de prendre en considération « la balance des intérêts ». Innervé par l'idée de justice distributive, il proposait ainsi que la qualité de l'activité comme la nature du dommage en résultant puissent autoriser que soit établi des échelles de responsabilité influant tant sur le montant de la responsabilité encourue que sur sa « *strictness* ». Son idée a ensuite innervé celles d'autres auteurs, à l'instar de J. KELSON, "State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activities", *HILJ*, vol. 13, 1972, pp. 197-244.

²⁶⁷⁹ Voy. sp. L.F.E GOLDIE, "International Principles of Responsibility for Pollution", *op. cit.*, sp. pp. 306 et ss ; J. KELSON, "State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activities", *op. cit.*, pp. 235-237.

²⁶⁸⁰ C. DE VISSCHER, *Problèmes de Confins en droit international public*, Paris, 1969, pp. 82-83. Dans le même sens voy. J. ANDRASSY, « Les relations internationales de voisinages », *op. cit.*, p. 96 ; J. BALLENER, *La pollution en droit international*, Genève, Droz, 1975, p. 204 ou encore L. OPPENHEIM, Sir H. LAUTERPACHT, *International Law*, 8^{ème} ed., Londres, Longmans, Green & Co, 1955, p. 343.

²⁶⁸¹ CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, 20 avril 2010, *Rec. CIJ*, pp. 55-56, § 101 et réitérant ce *dictum* CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, 16 décembre 2015, *Rec. 2015*, p. 706, § 104. Auparavant CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis du 8 juillet 1996, *Rec. 1996*, p. 241-242, § 29 ; CIJ, *Projet Gabčíkovo Naggyymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, 25 septembre 1997, *Rec. 1997*, p. 41, § 29 ou encore *Ligne du Rhin de Fer (Belgique c. Pays-Bas)*, sentence arbitrale du 24 mai 2005, *RSA*, vol. XXVII, § 59.

époque²⁶⁸². Historiquement, elle avait trouvé son origine contemporaine dans l'affaire de l'*Alabama* qui, dans le contexte de l'engagement au neutre, appelait déjà l'idée de l'interdiction d'utiliser son territoire à des fins contraires au droit²⁶⁸³. Quoique l'on ait peiné à la définir, cette dernière n'en restait pas moins certaine dans sa fonction initiale²⁶⁸⁴. Visant à séparer les activités privées et publiques en fondant la responsabilité de l'État sur un défaut de surveillance²⁶⁸⁵ et à éclairer le contenu d'obligation là où il faut une solution de droit pour contourner les aléas intrinsèques à certaines situations²⁶⁸⁶, la *due diligence* apparaissait déjà comme un *standard*²⁶⁸⁷ autorisant à apprécier le comportement d'un État selon des circonstances données en la comparant à l'attitude d'un bon gouvernement²⁶⁸⁸.

626. Des décisions appelant au concept de la due diligence. Peut-être, un tel standard ne serait pas explicitement ressorti de l'affaire de la *Fonderie du Trail*, laquelle opposait les États-Unis au Canada en raison des émanations de fumées provenant d'une usine installée sur le territoire du second et se faisant ressentir sur le territoire du premier. D'une part, parce qu'à aucun moment le tribunal arbitral ne semblait avoir pris la peine d'apprécier le comportement du Canada, il en résulte cette croyance de la reconnaissance d'une responsabilité *même sans illicéité*. D'autre part, le contexte de l'affaire y rendait délicate la concrétisation du principe de due diligence. Voulant à cette époque que l'État exerce la diligence requise « *to prevent conduct which, if the State were the actor, would breach its international obligations* »²⁶⁸⁹, il est vrai que le principe ne pouvait ici fonctionner de la sorte. L'exploitation de l'usine n'était pas interdite et cela rendait délicat l'identification de l'illicéité²⁶⁹⁰. Aussi, lorsqu'il retenait la responsabilité du Canada après avoir posé son fameux *dictum* selon lequel « *no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury* »²⁶⁹¹, on peut comprendre qu'il en soit né une confusion. Il aurait pourtant fallu replacer tant la sentence que ce *dictum* dans son contexte. Saisi par les parties elles-mêmes et soumettant l'affaire en grande partie au droit états-unien, le

²⁶⁸² Voy. P.-M. DUPUY, « La due diligence dans la responsabilité des États » in OCDE, *Aspects juridiques de la pollution transfrontières*, op. cit., p. 396 notant ainsi la fonction de la due diligence « de mesurer l'écart établi entre le comportement passif ou insuffisamment actif d'un État dans une circonstance donnée, et l'obligation de faire qui lui est prescrit par les règles du droit international dans les mêmes circonstances ». Pour une définition approfondie de la due diligence comme standard d'évaluation se greffant sur une obligation qu'elle qualifie et à laquelle elle peut ensuite être associée : S. BESSON, « La due diligence en droit international », *RCADI*, vol. 409, 2021, sp. p. 171.

²⁶⁸³ *Alabama (États-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne)*, sentence du 14 septembre 1872, *RSA*, vol. XXIX, pp. 125-134 opposant les États-Unis à la Grande Bretagne en raison de la violation par ce dernier de ses obligations internationales de neutralité durant la guerre de Sécession. Sur l'évolution de la *due diligence* voy. A. OUEDRAOGO, « La due diligence en droit international général : de la règle de la neutralité au principe général », *Revue générale de droit*, vol. 42, 2012, pp. 641-683 ; SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, 340 p. ; R. PISILLO-MAZZESCHI, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", *GYIL*, Vol. 35, 1992, pp. 9-51. ou encore S. BESSON, « La due diligence en droit international », op. cit., sp. pp. 167-179.

²⁶⁸⁴ Voy. A. GATTINI, « La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale », *E.J.I.L.*, 1992, pp. 260-268.

²⁶⁸⁵ Voy. C. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 129, 1970, p. 494.

²⁶⁸⁶ Voy. P.A. ZANNAS, *La responsabilité internationale des États pour les actes de négligence*, Montreux, Ganguin & Laubscher, 1952, p. 54.

²⁶⁸⁷ Voy. Harvard Law School, *American Journal of International Law* 1929, p. 187 qui tentant de définir ce qu'était la due diligence en avait déjà conclu que « *due diligence is a standard not a definition* ».

²⁶⁸⁸ En 1887, le Secrétaire d'État américain Bayard avait ainsi déclaré que la « *due diligence is the diligence good governments are accustomed to exercise under the circumstances* » : J. B. MOORE, *History and Digest of International Law*, Washington, 1906, p. 962. Dans le même sens A. W. FREEMAN, "Responsibility of the State for Unlawful Acts of Their Armed Forces", *RCADI*, 1955, vol. 88, p. 276-277 définissant ainsi la notion comme "nothing more nor less than the reasonable measure of prevention which a *well-administered government* could be expected to exercise under similar es" ou encore A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, 1931, vol. 37, p. 388 considérant « la diligence à prendre en considération est celle que l'on peut attendre d'un État civilisé ».

²⁶⁸⁹ B. SMITH, *State responsibility and the marine environment : the rule of decision*, Oxford Press, 1988, p. 36

²⁶⁹⁰ Après avoir rappelé le principe selon lequel "a State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction", le tribunal avait ainsi établi la distinction avec l'affaire de l'*Alabama* et considéré que « *the real difficulty often arises rather when it comes to determine what, pro subjecta materiae, is deemed to constitute an injurious act* » : *Trail Smelter Case*, op. cit., p. 1963.

²⁶⁹¹ *Trail Smelter Case*, op. cit., p. 1965.

Tribunal avait en fait été dispensé d'établir l'existence d'un fait illicite²⁶⁹². Ayant néanmoins statué en termes d'obligation internationale imposée à l'État, ce dernier s'en était bien référé à la *due diligence*. Quoique les arbitres aient souligné la difficulté à déterminer l'acte dommageable, il n'était pas question pour eux d'identifier en bloc toute pollution transfrontière comme la source d'une responsabilité de l'État. En indiquant – conformément à ce que lui était demandé ensuite par les parties – les conditions dans lesquelles le dommage pourrait être empêché dans l'avenir²⁶⁹³, le tribunal marquait ainsi le champ d'opération du principe de l'utilisation non dommageable du territoire, mais également sa portée juridique « conditionnée par le concept de diligence due »²⁶⁹⁴. Même la formulation retenue par le tribunal visant les modalités de l'utilisation du territoire dans son *dictum* (« *in such a manner as to cause injury* ») devait d'ailleurs suggérer qu'il ait statué en termes d'obligation de diligence requise²⁶⁹⁵. *In fine*, loin de la portée qu'on a pu lui attribuer, cette affaire aurait simplement fait montre d'un glissement de l'intervention du concept de la diligence requise qui, ne partant plus de l'illicéité de l'activité en elle-même et donc du devoir de proscrire l'activité, mais des conditions d'exercice d'une activité en elle-même licite, prenait ainsi un autre tournant. L'obligation incombant au Canada de fournir une indemnisation pour les dommages qui subsisteraient, faute pour la fonderie de se conformer aux prescriptions requises ou nonobstant le respect de ces dernières, ne constituait qu'une extension de l'obligation de diligence et soumise à la négociation des deux États²⁶⁹⁶. Cette compréhension de l'obligation de *due diligence* devrait plus tard constituer la base sur laquelle le premier rapporteur de la Commission du droit international devait avoir abordé la question nous occupant présentement²⁶⁹⁷.

Pour ce qui concerne l'affaire du *Détroit de Corfou*²⁶⁹⁸, cela pourrait être encore plus manifeste. Comme l'avait souligné Denis LEVY établissant une comparaison avec l'arrêt *Regnault-Desrozier*, les faits de cette affaire étaient propices à la reconnaissance d'une responsabilité pour risque²⁶⁹⁹. Tel ne fut

²⁶⁹² Celles-ci avaient posé au préalable dans le compromis d'arbitrage le principe de la responsabilité du Canada. Ainsi, s'explique que la tâche du tribunal ait été simplifiée et que l'on ne puisse dès lors déduire de la démarche des arbitres qu'ils aient consacré la responsabilité du Canada comme une responsabilité sans manquement au droit : voy. P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., p. 186 et G. HANDL, « Balancing of Interests and International Liability for the 'Pollution of International Watercourses : Customary Principles of Law Revisited », *CYIL*, vol. 13, 1975, p. 168. Dans le même sens voy. également J. ANDRASSY, « Les relations internationales de voisinages », op. cit., p. 94 ; C. DE VISSCHER, *Problèmes de Confins en droit international public*, op. cit., p. 83. Sur le contexte de de cette affaire et sur une critique de cette approche F. READ, "The Trail Smelter Dispute" in R.M. BRASPIES, R. A. MILLER (eds), *Transboundary Harm in International Law, Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 27-34. Et John H. KNOX, "The Flawed Trail Smelter Procedure: The wrong Tribunal, the Wrong Parties and the Wrong Law", *Ibid*, pp. 66-78.

²⁶⁹³ Voy. *Trail Smelter case*, op. cit., p. 1966.

²⁶⁹⁴ T. OLIVEIRA, « La diligence due dans la prévention des dommages à l'environnement », *ABDI*, 2012, vol. 13, p. 208.

²⁶⁹⁵ Voy. P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., p. 186 ; M. AKEHURST, « International Liability for Injurious Consequences arising out of Acts not prohibited by International Law », *NYIL*, vol. 16, 1985, p. 5 : « the *Trail Smelter case* stands for the proposition that "there is a duty not to permit such use" and support the view that "liability for environmental damage is liability ex delicto ».

²⁶⁹⁶ Voy. *Trail Smelter case*, op. cit., p. 1980 : "if any damage [...] shall have occurred or shall occur in the future, whether through failure on the part of the Smelter to comply with the regulations herein prescribed or notwithstanding the maintenance of the régime, an indemnity shall be paid for such damage but only when and if the two Governments shall make arrangements for the disposition of claims for indemnity".

²⁶⁹⁷ Voy. outre les développements *infra*, CDI, « Deuxième rapport par Robert Quentin Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1981, vol. II(1), p. 117, § 40.

²⁶⁹⁸ Ce différend a pris naissance à la suite d'explosions subies, en 1946, par des navires de guerres britanniques qui avaient heurté des mines en passant par le détroit de Corfou, dans une zone préalablement déminée des eaux albanaises. Le Royaume-Uni accusait ainsi l'Albanie d'avoir mouillé les mines ou d'avoir laissé un État tiers le faire. En cela, les faits rappellent à l'arrêt *Regnault-Desrozier* par lequel le Conseil d'État français avait consacré pour la première fois la responsabilité sans faute pour « risque exceptionnel » et qui concernait l'explosion d'un stock de munition au Fort de la Double-Couronne. Sur cette affaire, voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2.

²⁶⁹⁹ D. LÉVY, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risques en droit international public », *RGDIP*, 1961, pp.

pourtant pas le cas²⁷⁰⁰. Même l'argument *res ipsa loquitur* avancé par le gouvernement britannique a été rejeté par la Cour quand elle devait considérer

« [qu'] on ne saurait conclure du seul contrôle exercé par l'État sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet État a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a été perpétré non plus qu'il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. En soi, et indépendamment d'autres circonstances, ce fait ne justifie ni responsabilité *prima facie* ni déplacement dans le fardeau de la preuve »²⁷⁰¹.

Dès lors, on pourrait s'interroger sur la raison pour laquelle d'aucuns ont pu déduire que la Cour avait posé une règle de responsabilité *sine delicto*. D'autant plus que la Cour avait conclu, eu égard aux faits litigieux, que « rien ne fut tenté par les autorités albanaises pour prévenir le désastre. Ces graves omissions engagent la responsabilité internationale de l'Albanie »²⁷⁰². Pour certains, une telle idée serait née de l'oubli que la responsabilité internationale repose sur le constat objectif d'un manquement au droit sans considération de culpabilité et de la confusion de cette situation avec une véritable responsabilité dénuée d'illicéité²⁷⁰³. Effectivement, la responsabilité internationale constitue l'exemple parfait de la dichotomie imparfaite entre responsabilité *sine delicto* fondée sur le risque et responsabilité pour faute²⁷⁰⁴. Néanmoins, cette vue nous semble trahir l'idée des auteurs ayant opéré cette « confusion ». En dépit d'une référence maladroite à la faute, ce que ces auteurs n'identifiaient pas dans l'arrêt de la Cour, c'est l'appréciation du comportement négligent de l'Albanie²⁷⁰⁵. Or, jusqu'à preuve du contraire, la *négligence indue* demeure le versant de la *diligence due*, et donc un élément de l'obligation primaire dont il faut démontrer la violation. Aussi, que ces auteurs n'aient pas formellement distingué entre la négligence « invisible »²⁷⁰⁶ de l'obligation de l'utilisation non dommageable du territoire et la négligence comme condition de la responsabilité importe peu quand les critiques s'axaient sur l'appréhension excessivement objective opérée par la Cour du comportement de l'Albanie²⁷⁰⁷. Sans reconnaître quelque responsabilité *prima facie*, elle a en effet admis qu'il puisse être recouru à des présomptions de fait. C'est donc au moyen « de preuves indirectes »²⁷⁰⁸ qu'elle tirait la conclusion que le fait litigieux n'avait pas échappé à une

²⁷⁰⁰ L'idée a néanmoins été avancée par un juge : voy. l'opinion individuelle du juge ALVAREZ jointe à CIJ, *Détroit de Corfou*, *op. cit.*, pp. 43-44.

²⁷⁰¹ CIJ, *Détroit de Corfou*, *op. cit.*, p. 18.

²⁷⁰² CIJ, *Détroit de Corfou*, *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁰³ P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 189 et G. HANDL, "Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses : Customary Principles of Law Revisited", *op. cit.*, pp. 164-165 et rapprochez avec S. BESSON, *La due diligence en droit international*, *op. cit.*, pp. 286-287 et avec l'opinion dissidente de juge AZEVEDO en l'affaire, pp. 83 et ss.

²⁷⁰⁴ Voy. en ce sens D. LÉVY, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risques en droit international public », *op. cit.*, p. 748.

²⁷⁰⁵ Voy. L.F.E. GOLDIE, "Liability for Damage and the Progressive Development of International Law", *op. cit.*, sp. p. 1230 ; J. KELSON, "State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activities", *op. cit.*, p. 200 et C.W. JENKS, "Liability for Ultra-Hazardous activities in International Law", *op. cit.*, p. 106.

²⁷⁰⁶ Voy. A. BESSON, *La due diligence en droit international*, *op. cit.*, pp. 286 relevant que la responsabilité internationale est au fond une responsabilité sans faute dans ce sens que « la faute, si les règles primaires de droit international indiquent qu'elle est exigée, sera donc exclusivement évaluée dans le cadre de l'examen du contenu de l'obligation primaire dont l'existence est alléguée et de sa violation éventuelle [...] la faute et notamment la négligence, c'est-à-dire la violation de la due diligence, devraient y [donc] être invisibles ».

²⁷⁰⁷ Voy. sp. L.F.E. GOLDIE, "International Principles of Responsibility for Pollution", *op. cit.*, p. 307 : "in the Corfu Channel case, Albania's liability stemmed from the presence of the mines in her territorial waters, not from any [...] neglect which would have had to have been proved by the applicant state".

²⁷⁰⁸ CIJ, *Détroit de Corfou*, *op. cit.*, p. 18. La Cour s'était ainsi fondée sur l'attitude « jalouse » de l'Albanie sur ses eaux territoriales pour établir qu'il apparaissait peu vraisemblable qu'elle eut ignoré la présence des mines, et avait établi, au moyen d'expert, la possibilité « géographique » d'observer le mouillage depuis la côte albanaise (pp. 18 et ss).

« connaissance abstraite »²⁷⁰⁹ ou « construite »²⁷¹⁰ de l'Albanie étayée par les circonstances²⁷¹¹. Elle opérerait ainsi un glissement vers une illicéité factuellement présumée aboutissant « dans le domaine des réalités concrètes, à une solution intermédiaire entre la responsabilité pour violation d'une obligation sous sa forme classique et la responsabilité absolue »²⁷¹². Toutefois, ces remarques ne touchent *in fine* qu'à l'appréciation des faits et qu'il ne saurait être question de confondre cela avec les règles de droit applicables. « *The possibility, if no more, remains . . . that the defence of reasonable care might be raised by the defendant State* »²⁷¹³, la Cour n'entendait donc pas altérer la nature de la responsabilité internationale, ce qu'elle devait d'ailleurs confirmer quelques années plus tard à l'endroit des dommages subis par des individus²⁷¹⁴. L'affaire du *Lac Lanoux* n'ayant pas plus contribué à confirmer l'émergence d'une responsabilité *même sans illicéité* fondée sur le risque²⁷¹⁵, il conviendra donc de passer à l'étude de la pratique étatique dans laquelle des auteurs ont perçu l'émergence d'une coutume en formation.

b. Une responsabilité en contradiction avec la pratique étatique

627. Plan. Dans la démonstration des vertus de la responsabilité internationale *même sans illicéité* pour les activités à risque, on en a appelé aux précédents constitués par diverses conventions visant à réceptionner les dommages causés par de telles activités. Le procédé était certainement louable pour montrer la convergence de solutions consacrées dans des domaines divers et souligner l'efficacité des

²⁷⁰⁹ Voy. CIJ, *Détroit de Corfou*, *op. cit.*, Opinion dissidente du Juge WINIARSKI, pp. 49-51.

²⁷¹⁰ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, pp. 259, 273 et ss distinguant ainsi la connaissance réelle et la connaissance attribuée définie comme celle que le débiteur de l'obligation aurait du savoir. On retrouve d'ailleurs ce mode de raisonnement dans d'autres affaires de la Cour : voy. pour exemple CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, *Rec. 2007*, p. 222, § 431 et comparez avec CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 1986, *Rec. 1986*, p. 85, § 157.

²⁷¹¹ Il ne faut pas en déduire, en effet, que la due diligence est une notion invariable. Elle présente une dimension subjective dans ce sens qu'elle peut varier selon différents paramètres propres au débiteur pouvant influencer sur ce qui peut être raisonnablement attendu de lui spécifiquement : voy. S. BESSON, « La due diligence en droit international », *op. cit.*, p. 258, 278 et ss ou encore P. D'ARGENT, A. DE VAUCLEROY, « Le contenu de l'omission illicite : la non-utilisation de moyens raisonnables » in SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, *op. cit.*, pp. 255-279 et pour un exemple éclairant CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, p. 221, § 430. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, cette condition a été rappelée par le juge BADAWI PACHA qui, dans son opinion dissidente (p. 66), considérait que « pour se prononcer sur le défaut concret de vigilance ou de surveillance d'un État sur une région déterminée, il serait nécessaire de connaître l'ensemble des possibilités dudit État, ses ressources, son organisation, sa situation au moment en question et une foule d'autres considérations ».

²⁷¹² D. LÉVY, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risques en droit international public », *op. cit.*, p. 763 et dans le même sens l'opinion dissidente du Juge WINIARSKI, *op. cit.*, pp. 50-51 à rapprocher avec l'opinion dissidente du juge BADAWI PACHA, *op. cit.*, pp. 64-66 et celle du juge AZEVEDO, *op. cit.*, p. 94.

²⁷¹³ M.J.L. HARDY, « Nuclear liability: the general principles of law and further proposals », *BYBIL*, vol. 36, 1961, p. 229.

²⁷¹⁴ CIJ, *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, *Rec. CIJ*, p. 36, § 46 : « [u]n dommage ou un préjudice peuvent léser une personne dans des circonstances extrêmement variées. Cela n'entraîne pas en soi l'obligation de réparer. La responsabilité n'est [...] engagée [...] que si un droit est violé »

²⁷¹⁵ Dans cette affaire concernant un différend opposant la France à l'Espagne concernant la déviation du cours d'eaux par la France aux fins de la construction d'un barrage, les arbitres ont considéré, sous la forme d'une *obiter dictum*, que l'Espagne aurait pu « soutenir que les travaux auraient pour conséquence une pollution définitive des eaux du Carol [...] pouvant porter préjudice aux intérêts espagnols. L'Espagne aurait alors pu prétendre qu'il était porté atteinte [...] à ses droits » : *Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France)*, 16 novembre 1957, *RSA*, vol. XII, p. 303. D'aucuns y ont donc vu la preuve d'une responsabilité fondée sur le risque (voy. not. L.F.E GOLDIE, "International Principles of Responsibility for Pollution", *op. cit.*, p. 307). Pourtant, le tribunal n'a jamais statué en ce sens notamment lorsqu'il affirmait « [qu'] 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 [...] Si, malgré les précautions prises, la restitution des eaux souffrait d'un accident, celui-ci [...] selon les deux Parties, ne constituerait pas une violation de l'article 9 [du Protocole posant le principe que les abus de l'utilisation d'eaux devaient être « supprimés »] » (p. 303). Ainsi, en dépit de son apport à l'émergence d'un droit de « bon voisinage », cette affaire ne se plaçait pas sur le terrain de la responsabilité pour risque : voy. G. HANDL, "Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses : Customary Principles of Law Revisited", *op. cit.*, p. 170 et CDI, "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international : Rapport du Groupe de travail", *ACDI*, 1996, vol. II(2), p. 123 soulignant néanmoins que la solution aurait peut-être été différente si l'Espagne avait montré le caractère anormalement dangereux du barrage.

méthodes mobilisées. Pour autant, il cesse de l'être lorsque l'on devait en tirer la preuve d'une reconnaissance – ne fut-elle que conventionnelle – d'une responsabilité internationale *même sans illicéité* dans ce domaine (i.). Il en va de même pour ce qui est de la pratique étatique dans laquelle on a pu voir émerger l'idée d'une volonté étatique susceptible de matérialiser l'émergence du principe (ii.).

i. L'exceptionnalité de la pratique conventionnelle

628. L'intervention étatique dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire. Alors qu'il est admis que des dispositions conventionnelles convergentes peuvent donner lieu à une coutume²⁷¹⁶, on s'accordera à reconnaître qu'au sein d'une pratique conventionnelle encore réduite en matière d'activités à risque, les deux principales conventions existantes pouvaient créer la confusion en envisageant une intervention de l'État dans sa dimension de *jure imperii* et non simplement de *jure gestionis*²⁷¹⁷. Pour ce qui concerne le régime de responsabilité civile nucléaire, la place accordée à l'État non exploitant (agissant *de jure imperii*) est effectivement ambiguë, en a témoigné l'étude conduite dans la Première partie de cette thèse²⁷¹⁸. Mais nous refusons toujours d'y voir une « responsabilité différée » fondée sur le risque et *a fortiori* susceptible de traduire en *elle-même* un mauvais fonctionnement des services étatiques chargés d'exercer la diligence due pour le maintien de la sécurité²⁷¹⁹. Cela d'autant plus que nous avons montré que le risque nucléaire constituait ce risque susceptible de se réaliser en dépit de l'absence de toute faute (fut-elle prouvable)²⁷²⁰. À tout le moins, l'argument pourrait être valable lorsque l'État intervient au soutien d'un exploitant défaillant²⁷²¹. De plus, quand bien même la pratique nucléaire a révélé l'existence d'un *corpus juris* voulant qu'il soit « un principe général de droit selon lequel les victimes doivent être indemnisées sur une base objective »²⁷²², il aurait principalement visé la responsabilité de l'exploitant et, le cas échéant, celle de la puissance publique « sécularisée » (agissant *de jure gestionis*)²⁷²³. Rappelons, en effet, que le régime de responsabilité civile nucléaire reste un régime de droit international privé dans lequel

²⁷¹⁶ Sur la pratique conventionnelle convergente comme source d'une coutume internationale voy. CDI, « Projets de conclusion sur la détermination du droit international et commentaires y relatifs », *ACDI*, 2018, vol. II(2), conclusion 11, pp. 151 et ss et A. HERMET, *La convergence des pratiques conventionnelles internationales : Étude du rôle des traités dans la formation de la coutume*, Paris, Pedone, 2021, 486 p.

²⁷¹⁷ L'on pourra ainsi admettre que l'effort conventionnel concernait déjà trois grands secteurs – la pollution par hydrocarbure, le nucléaire et les activités spatiales – et même quatre si l'on prend en considération l'exploitation d'aéronef qui a précédé le régime de responsabilité civile nucléaire : voy. *supra* Introduction § 25. Si seules les conventions sur la responsabilité civile nucléaire et celle sur les engins spatiaux envisageaient une intervention de l'État, les deux autres prévoyaient cependant que l'État exploitant ou propriétaire soit tenu responsable, en vertu des règles de droit international privé instituées, aux mêmes titres que les exploitants.

²⁷¹⁸ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

²⁷¹⁹ Voy. P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origines industrielles et technologiques*, *op. cit.*, p. 126.

²⁷²⁰ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, A.

²⁷²¹ Voy. la typologie des différents types d'intervention opérés *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 1, B.

²⁷²² P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origines industrielles et technologiques*, *op. cit.*, pp. 137-138.

²⁷²³ À l'appui de cet argument – outre la diffusion des principes des conventions dans les législations nationales d'État non parties aux conventions – se situaient en effet les accords concernant le navire Savannah. En l'absence d'application de la Convention de Bruxelles de 1962 sur la responsabilité des exploitants de navire nucléaire, une série d'accord bilatéraux avaient en effet été conclus entre les États Unis et d'autres États aux fins d'autoriser la présence du navire sur leur territoire. Visant la responsabilité des États-Unis exploitant et/ou sa garantie comme puissance étatique, ces accords se cantonnaient donc à établir une responsabilité civile sur le modèle des conventions nucléaires : voy. M. J. BROWN, "Nuclear Ship Savannah and the law", *Atomic Energy Law Journal*, 1962, vol. 4, pp. 251 et ss ; R. KOVAR, "Les accords conclus au sujet du "Savannah" et la responsabilité civile des exploitants de navires nucléaires », *AFDI*, 1965, vol. 11, pp. 783-809, sp. p. 788 soulignant ainsi « [qu']il semble raisonnable de considérer que ces Conventions ne réglant que la responsabilité civile, la responsabilité interétatique subsiste selon les principes du Droit international coutumier ». Pour un aperçu de ces accords voy. également CDI, « Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1985, vol. II(1), *addendum*.

l'intervention de l'État (non exploitant) n'est, au titre des conventions *princeps*, pas conditionnée par la survenance d'un évènement international. L'intervention de l'État ou des États solidaires n'obéit d'aucune manière aux règles du droit international public. Dispensant la victime de tout recours aux mécanismes propres à la responsabilité internationale publique, ce régime n'a rien à voir avec la relation d'État à État qui caractérise traditionnellement la responsabilité internationale. Des mots des conventions *princeps*, elles ne doivent d'ailleurs l'affecter d'aucune manière²⁷²⁴. À l'instar Jan WILLISH, ne peut dès lors souscrire à l'idée selon laquelle « *if states become liable vis-à-vis private claimants on a subsidiary basis, they must a fortiori be liable internationally, i.e. vis-à-vis the victim state* »²⁷²⁵. Or quoique la confusion ait été prégnante à l'époque entre l'émergence d'un principe de droit international de la responsabilité dénuée d'illicéité visant les exploitants ou les États²⁷²⁶, il n'en demeure pas moins que que si ces derniers se sont abrités derrière l'opérateur personne privée ou se sont sécularisés comme tel, c'était précisément pour s'affranchir des voies classiques de la responsabilité interétatique et notamment du mécanisme de la protection diplomatique²⁷²⁷. Alors certes, d'aucuns ont pu contester cette vision classique de la responsabilité internationale à une époque où les barrières entre les ordres juridiques tendaient déjà à s'effacer²⁷²⁸, en témoigne effectivement la création concomitante de la Cour européenne des droits de l'homme ou du CIRDI. Mais outre que la responsabilité qu'ils impliquent supposent encore une violation du droit international, il reste un dernier argument : celui selon lequel, en dehors de ce régime conventionnel, rien n'aurait pu corroborer que les États aient entendu transférer un système de droit civil dans le droit international et, surtout, qu'ils aient entendu étendre ce principe lorsque, sous la pesée d'une évolution technologique incessante, les caractéristiques dommageables de l'atome sont apparues ne plus lui être propres²⁷²⁹. Sur ce point, le système mis en place pour les dommages causés par les engins spatiaux en constitue un cas rare et exceptionnel.

629. La responsabilité internationale de l'État pour les dommages causés par les engins spatiaux. Alors qu'une *Déclaration* adoptée en 1963 dans le cadre des Nations Unies avait posé le principe de la responsabilité « du point de vue international » de l'État ayant procédé ou fait procéder au lancement d'un engin spatial (ou dont le territoire ou les installations auraient été utilisés à cette fin) pour les dommages causés par ledit engin ou ses éléments²⁷³⁰, la solution trouvait une consécration

²⁷²⁴ Voy. *Convention de Paris* (1964, 1982), annexe II ; *Convention de Paris* (2004), art. 16 bis ; *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. XVIII.

²⁷²⁵ G. HANDL, "State liability for accidental transnational environmental damage by private persons", *op. cit.*, p. 530, note 30 *contra* J. WILLISH, *State Responsibility for Technological Damage in International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 270.

²⁷²⁶ Il est en effet chez les auteurs s'étant appuyé sur ces conventions une confusion fréquente entre la responsabilité de l'exploitant et celle de l'État, et ce bien que ce soit bien la responsabilité même sans illicéité qui ait constitué le but de leur démarche. Pour Pierre-Marie Dupuy, remarquant cette confusion, elle aurait été guidée les excès d'une ambition légitime : « celle de percevoir comment les mécanismes de la responsabilité doivent s'adapter à la fois à la dimension internationale des dommages techno-industrielles et à la diversité des créateurs de risque » : P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 168.

²⁷²⁷ La protection diplomatique exige traditionnellement que l'État endosse le dommage subi par son ressortissant (ce qui suppose un rapport de nationalité) et que l'individu lésé ait épuisé les voies de recours internes. L'État n'a ni devoir ni obligation d'y procéder « *car c'est son droit propre qu'il fait valoir* » : CIJ, *Affaire de Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *op. cit.*, p. 44, § 78.

²⁷²⁸ Voy. invoquant cet argument L.F.E GOLDIE, "Liability for Damage and the Progressive Development of International Law", *op. cit.* ; C.W JENKS, "Liability for Ultra-Hazardous activities", *op. cit.*, p. 178 ; G. HANDL, "State liability for accidental transnational environmental damage by private persons", *op. cit.*, p. 560 et plus généralement P. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

²⁷²⁹ Voy. en ce sens G. ARANGIO-RUIZ, "Some International Legal Problems of the Civil Uses of Nuclear Energy", *RCADI*, 1962, vol. 107, p. 629.

²⁷³⁰ *Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique*, *op. cit.*, principe 8.

conventionnelle quelques années plus tard²⁷³¹. Davantage, elle replaçait la réparation étatique dans l'ordre juridique international marquant ainsi le « passage de la *civil law liability* au système de la *State liability* »²⁷³². Aux termes de ses dispositions, la réparation des dommages subis constitue effectivement une affaire interétatique. D'une part, suivant un mécanisme de protection diplomatique quelque peu aménagé, la défense des intérêts des personnes privées victimes est confiée à l'État dont elles sont ressortissantes ou à défaut à celui sur le territoire duquel elles ont subi le dommage, voire en cas de carences de ces derniers, à celui dont les victimes sont des résidents permanents²⁷³³. D'autre part, si la possibilité est offerte aux victimes ou à leur État d'engager une procédure devant les tribunaux internes, la Convention ne prévoit aucune sécularisation de l'État responsable si bien que ce dernier conserve son immunité de juridiction²⁷³⁴. Aussi novateur qu'eût été ce régime, il ne devait cependant pas suffire à matérialiser l'émergence d'une *opinio juris* en la matière. En effet, l'objet et le but même de cette convention interdisent toute comparaison avec les autres régimes²⁷³⁵. Outre l'impossibilité qu'aurait eu la victime à apporter la preuve d'une illicéité dans un domaine encore peu réglementé, la figure étatique de la réparation octroyée devait surtout se comprendre par la volonté des États de ne pas aboutir à une privatisation du cosmos. Le risque que la conquête même pacifique de l'espace pouvait représenter pour la paix et la sécurité internationale devait en effet conduire à en faire une affaire d'État, et à effacer toute personne privée susceptible de procéder à une telle opération derrière l'État puissance publique²⁷³⁶. Autrement dit, le régime de responsabilité aurait été élaboré en présumant que toutes les activités opérées dans l'espace seraient ainsi un fait de l'État²⁷³⁷ et qu'il ne devait être question de sacrifier les tiers sur l'autel de la science. Pour cela, on peut également comprendre que ce régime soit demeuré à ce jour le seul ayant été institué. Cette responsabilité serait même le seul et unique exemple d'une véritable responsabilité *même sans illicéité* puisque fondée sur une présomption irréfragable de *due diligence* :

²⁷³¹ Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, adoptée le 29 novembre 1971, entrée en vigueur le 1 septembre 1972, RTNU, vol. 961, pp. 204 et ss. Sur le contenu de cette convention et ses négociations, voy. plus généralement O. DELEAU, « La responsabilité pour dommages causés par les objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique », *AFDI*, 1968, vol. 14, pp. 747-755 et du même auteur « La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux », *AFDI*, 1971, vol. 17, pp. 876-888 ; L. CONDORELLI, « La réparation des dommages catastrophiques causés par les activités spatiales » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., pp. 301-318 ou encore P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., pp. 51 et ss.

²⁷³² T. BALLARINO, « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », *RCADI*, vol. 220, 1990, p. 336.

²⁷³³ Voy. Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, op. cit., art. VIII et IX prévoyant également la possibilité pour en cas d'absence de relations diplomatiques entre les États concernés de confier cette tâche à un autre État ou au Secrétaire général des Nations Unies.

²⁷³⁴ Voy. Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, op. cit., art. XI. En raison de l'impossibilité de cumuler les recours, la victime introduisant un tel recours perdrait en sus le bénéfice de la protection établie par la Convention.

²⁷³⁵ Cela quoiqu'elle ait pu être faite : voy. R.J.E. GOLDIE, "Liability for Damage and the Progressive Development of International Law", op. cit., pp. 1241 et ss qui voyait dans ce régime émergent une résurgence du principe de canalisation éprouvé dans le secteur nucléaire.

²⁷³⁶ Dès l'élaboration des premiers textes, les États-Unis et l'Union soviétique avaient adopté des positions opposées au regard des activités privées, les premiers se déclarant favorable à ce que des opérateurs non-étatiques puissent mener des activités spatiales. A une époque où seuls les États étaient reconnus comme des acteurs légitimes, le compromis trouvé consista donc à accepter l'idée d'activités privées sans les distinguer matériellement des activités étatiques. Cette idée d'une « responsabilité » (au sens large) de l'État était d'ailleurs prégnante pour tout ce qui concerne l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique : voy. Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, op. cit., principe 5 et Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, adopté le 19 décembre 1966, entré en vigueur le 10 octobre 1967, RTNU, vol. 610, pp. 220 et ss et O. DELEAU, « La responsabilité pour dommages causés par les objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique », op. cit., p. 748 ; L. CONDORELLI, « La réparation des dommages catastrophiques causés par les activités spatiales », op. cit., pp. 265, 270 ; C-W. JENKS, *Space Law*, Londres, Stevens & Sons, 1965, p. 211.

²⁷³⁷ Voy. CDI, « Compte rendu analytique des séances de la quarante-troisième session », *ACDI*, 1991, vol. I, p. 132, § 40.

« L'exploration de l'espace est ouverte à tous [...] sans être assortie de conditions particulières, autres que le caractère pacifique de l'entreprise. Ici, on suppose en fait qu'étant donné les risques inhérents à cette activité et le niveau de connaissances scientifiques et techniques que suppose sa réalisation, l'État aura pris, pour la déployer, toutes les précautions nécessaires [...] L'analyse de cette convention archétypique permet [ainsi] de constater qu'elle ne repose pas en réalité sur un fondement purement et strictement objectif, mais plutôt sur une présomption irréfragable de diligence de l'État de lancement, afin d'éviter à sa victime d'avoir à rapporter la preuve de sa négligence. On part donc du principe que, même au cas où il y aurait erreur, défaillance, faute technique, il vaut mieux de toute façon faire comme si aucune d'entre elles n'existait. C'est à ce stade qu'intervient alors une autre inspiration, celle de la garantie. Mais il est important, du point de vue du fondement de la responsabilité, même si c'est finalement indifférent quant à son régime, de noter que celle-ci n'est pas une responsabilité sans faute, mais une responsabilité sans apport de la preuve qu'il y en a une. Cette analyse paraît pouvoir être d'autant mieux soutenue que lorsque les dommages ne sont plus causés au sol, à des tiers innocents [...] l'État de lancement de l'engin ayant causé l'accident ne sera responsable : "que si le dommage est imputable à sa faute ou à la faute des personnes dont il doit répondre". Voici donc la faute qui, cette fois, réparaît, en ces termes et au grand jour, parce qu'il s'agit ici d'établir non plus une garantie absolue des tiers »²⁷³⁸.

En dépit d'une référence ambiguë à la garantie, l'on retrouve alors là un véritable parallèle intéressant avec la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant nucléaire qui s'explique donc par ce rôle qu'assume officiellement (et artificiellement ?) l'État vis-à-vis de l'activité. Cela explique qu'aucun régime n'ait repris les solutions – fussent-elles différentes – éprouvées dans ces deux domaines²⁷³⁹. Dès lors que les États se sont préoccupés des activités à risque et envisagé la question de la responsabilité, les règles sont venues viser les exploitants ou équivalents²⁷⁴⁰. Outre leur possibilité de participer à l'indemnisation par le biais de fonds²⁷⁴¹, la responsabilité des États s'est trouvée reléguée à la démonstration d'un comportement illicite. Parfois, les textes en vigueur ont précisé les conditions de survenance de celle-ci, soit en lui conférant un caractère subsidiaire²⁷⁴², soit en établissement spécifiquement les obligations incombant aux États²⁷⁴³. Le plus souvent, il est toutefois renvoyé aux règles du droit international public général. Ce n'est pas dire pourtant que des tentatives n'ont pas été opérées en ce sens, même dans le domaine du nucléaire où l'on sait que l'organisation d'une

²⁷³⁸ P-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *op. cit.*, p. 88, et dans le même sens P-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 15^{ème} ed, Paris, Dalloz, 2020, p. 543.

²⁷³⁹ Sur ce point CDI, « Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables qui ne sont pas interdites par le droit international », *op. cit.*; « Étude des régimes de responsabilité ayant traité au sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international" », *ACDI*, 1995, vol. II(1); « Étude des régimes de responsabilité ayant traité au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causées par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) », *A/CN.4/543*, 2004.

²⁷⁴⁰ Voy. pour exemple *Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières*, signée à Kiev le 21 mai 2003, (non entré en vigueur); *Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*, signée à Lugano, le 21 juin 1993, (non entrée en vigueur), *S.T.E.*, n°150; *Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux*, signée à Bâle, le 10 décembre 1999, (non entré en vigueur).

²⁷⁴¹ Tel est par exemple le cas de la *Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses* du 3 mai 1996 et amendée le 30 avril 2010 (non entré en vigueur) dont l'article 23 prévoit la possibilité pour les États parties d'assumer le paiement des contributions redevables par les personnes privées concernées.

²⁷⁴² Tel était le cas de l'article 8 de la *Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique* établissant le principe d'une responsabilité subsidiaire de l'État ayant parrainé les activités qui ont causé le dommage : voy. CDI, « Étude des régimes de responsabilité ayant traité au sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international" », *op. cit.*, pp. 83-84, §§ 81-82

²⁷⁴³ Pour exemple, la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* prévoit que les États parties à la Convention doivent veiller à ce que les activités menées dans la Zone, qu'elles le soient par un État ou par ses ressortissants, soient conformes aux prescriptions de la Convention. Ainsi, lorsqu'un État partie manque à cette obligation, il est responsable des dommages causés. Il en va de même des pollutions du milieu marin résultant de recherches scientifiques : voy. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, signée à Montego Bay, le 10 décembre 1982, entrée en vigueur, le 16 novembre 1994, *RTNU*, vol. 1834, art. 139, ou encore art. 263.

responsabilité internationale étatique a été mise sur la table des négociations²⁷⁴⁴. Si ces dernières n'ont pas abouti, ce n'est pas seulement parce que les États n'entendaient pas reconnaître une responsabilité *même sans illicéité* en droit international. En fait, le renvoi au droit international général aurait parfois constitué un moyen de laisser la question en suspens, en raison justement de l'émergence de cette idée dans la pratique de certains.

ii. La réalité de la pratique étatique non-conventionnelle

630. Une pratique étatique réservée. Le fait que les arguments d'une partie de la doctrine plaident en faveur d'une responsabilité *même sans illicéité* du fait des activités à risque n'aient pas trouvé d'écho dans la jurisprudence ou les conventions existantes ne saurait signifier qu'il n'ait pas existé de volonté étatique en ce sens. Par suite de l'adoption de la *Déclaration de Stockholm*, certains États y ont en effet vu le « support apparent »²⁷⁴⁵ d'une responsabilité, sinon *sans illicéité*, à tout le moins d'une obligation de réparer les dommages causés par les activités alors entreprises sous leur juridiction ou leur contrôle. Dans l'argumentaire étatique, on a en effet parfois peiné à distinguer si cette responsabilité constituait une responsabilité fondée sur la violation d'une obligation primaire de résultat ou une responsabilité *sine delicto*²⁷⁴⁶. Mais là n'est point question d'exagérer la distinction pratique existante quand une telle obligation n'a en réalité jamais trouvé d'assise dans le droit positif²⁷⁴⁷ et que nombre de régimes de droits internes dits *même sans faute* ont également été envisagés comme dissimulant un manquement à une obligation invisible imposée aux désignés responsables de ne pas causer de dommage à autrui²⁷⁴⁸. Il s'agit surtout de souligner que cette compréhension du principe 21 de

²⁷⁴⁴ Outre le projet avorté dans le cadre de l'AIEA et évoqué *supra*, la question a été un thème récurrent dans la doctrine voy. L. DE LA FAYETTE, « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », *BDN*, vol. 50, 1992/2, pp. 7-39 ; M. POLITI, "International and civil Liability for nuclear damage : some recent developments of State Practice" in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., pp. 333-335 ou encore T. GADKOWSKI, *International Liability of State for Nuclear Damage*, Delft, Adam Mickiewicz University Press, 1989, sp. p. 67.

²⁷⁴⁵ J. DE ARÉCHAGA, « International Law in the past third of a century », op. cit., p. 272 ; P.-M. Dupuy, « La responsabilité internationale des États pour les dommages causés par les pollutions transfrontières » in OCDE, *Les aspects légaux des pollutions transfrontières*, op. cit., sp. p. 357.

²⁷⁴⁶ Voy. P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit. p. 174. Il en va de même dans l'argumentaire de la doctrine, en témoigne ces mots de J. KELSON, "State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activities", op. cit., p. 237 : « [i]f the State knows that an abnormally dangerous activity exists within its jurisdiction, it must prevent any harm resulting from that activity which would damage another State. If the State fails to prevent such harm, it is originally responsible, regardless of fault, for the damage suffered by other States". Pour JENKS, c'est clairement, de l'aveu même de l'auteur, une question qui s'avérait peu pertinente témoignant ainsi de son approche excessivement pragmatique : C.W. JENKS, "Liability for Ultra-hazardous Activities in International Law", op. cit., p. 181.

²⁷⁴⁷ *Contra* L. ESTRELA BORGES, *Les obligations de prévention dans le droit international de l'environnement, et ses conséquences dans la responsabilité internationale*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 411 et ss identifiant la différence fondamentale existante en ces deux modalités.

²⁷⁴⁸ Effectivement, à la différence de la responsabilité *sine delicto*, quelconque obligation (de résultat) de réparer sans illicéité constituerait l'application d'une règle primaire (susceptible d'être violée) plaçant la responsabilité dans l'illicéité. Cela étant, la dichotomie règle primaire/règle secondaire est si relative que l'obligation de réparer, qu'elle constitue une règle secondaire ou une règle primaire, peut être sujette à violation et entraîner l'obligation de réparer le dommage initialement causé par le truchement de l'obligation de cesser le fait illicite. Ensuite, quoique l'engagement de la responsabilité sera facilité dans les deux cas, il restera soumis à condition. Il a ainsi été évoqué que dans le cas d'une responsabilité pour fait illicite résultant de la violation d'une obligation de résultat, la victime devrait prouver le dommage transfrontière et la violation d'une obligation allant en ce sens, alors qu'elle n'aurait qu'à prouver l'existence d'un dommage dans le cadre de la responsabilité *sine delicto*. Cela nous paraît être une vision quelque peu simpliste de la responsabilité *même sans illicéité* qui impose encore d'établir la survenance d'un évènement identifié qui – sans constituer la violation d'une obligation internationale – doit néanmoins être relié à l'État et l'établir comme la cause du dommage subi. Aussi, sans dénier l'influence de cette nuance sur certains points de ce propos, elle ne doit en aucun cas le gêner. Rapprochez sur ce point A. BOYLE, "State Responsibility for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction ?", *ICLQ*, vol. 39, 1990, pp. 1-26.

Stockholm²⁷⁴⁹ – qui n’était corroboré ni par les travaux préparatoires²⁷⁵⁰ ni par le texte lui-même²⁷⁵¹ – avait motivé certains États partisans à plaider en faveur de la diffusion d’une responsabilité causale lors des travaux de l’OCDE concernant la pollution transfrontière ou encore lors des négociations de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer²⁷⁵². De tels projets ne devaient cependant pas aboutir, conduisant certains à affirmer qu’il aurait été « difficile de marquer plus nettement [que la] responsabilité demeure attachée à la méconnaissance d’une obligation »²⁷⁵³. Pourtant, tel n’était pas le constat de Günter HANDL pour qui la référence répétée faite « aux principes du droit international » là où l’on avait voulu initialement insérer une responsabilité étatique *même sans illicéité* du fait d’activités de personnes privées devait suggérer que l’idée n’avait pas été totalement écartée²⁷⁵⁴. Sans préjudice ni du développement du droit international ni de l’interprétation opérée des obligations incombant aux États en la matière²⁷⁵⁵, il est vrai que rien que la rédaction de l’article 304 de la Convention ne contredit pas un tel argument²⁷⁵⁶. L’auteur tirait d’ailleurs un constat similaire du projet final de la Convention européenne sur la protection des eaux douces contre la pollution duquel les rédacteurs avaient pourtant écarté une disposition tendant vers une responsabilité *même sans illicéité* en cas de dommages accidentels²⁷⁵⁷. Pour celui-ci, son remplacement par une clause visant les « règles applicables selon le droit international à la responsabilité éventuelle des États pour les dommages causés par la pollution des eaux »²⁷⁵⁸ traduisait cependant un « *strong sentiment among members of a limited direct liability provision* »²⁷⁵⁹. En raison d’une formulation comparable dans

²⁷⁴⁹ *Déclaration de Stockholm, op. cit.*, art. 21 : « [c]onformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d’exploiter leurs propres ressources selon leur politique d’environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l’environnement dans d’autres États ou dans des régions ne relevant d’aucune juridiction nationale ».

²⁷⁵⁰ Voy. not. L.B SOHN, “The Stockholm Declaration on the Human environment”, *HJIL*, vol. 14, 1973, sp. p. 493.

²⁷⁵¹ En effet, le principe 22 de la *Déclaration* dispose que « les États doivent coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l’indemnisation des victimes de la pollution et d’autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces États ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction ».

²⁷⁵² Sur ces prises de positions voy. P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle, op. cit.* pp. 176-179, 196-197 ; « La préservation du milieu marin » in R-J. DUPUY, D. VIGNES, *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris-Bruxelles, Economica-Bruylant, 1985, sp. pp. 1029-1048 ; T. TRÈVES, « Les tendances récentes du droit conventionnel de la responsabilité et le nouveau droit de la mer », *AFDI*, vol. 21, 1975, sp. p. 774 et ss.

²⁷⁵³ P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle, op. cit.* p. 197.

²⁷⁵⁴ Voy. *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, op. cit.*, art. 139, 235, 263 et en ce sens G. HANDL, “State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons », *op. cit.*, pp. 541-542

²⁷⁵⁵ Voy. TIDM, *Responsabilité et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d’activité menées dans la zone*, avis consultatif du 1^{er} février 2011, *Rec. TIDM*, p. 10 et S. MALJEAN-DUBOIS, « Les obligations de due diligence des États pour préserver le milieu marin et à leurs conséquences en termes de responsabilité » in *La fonction du droit dans la gestion durable des ressources minérales marines*, Rio de Janeiro, Editora Proceso, 2021.

²⁷⁵⁶ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, op. cit.*, art. 304 : « [l]es dispositions de la Convention relatives à la responsabilité encourue en cas de dommages sont sans préjudice de l’application des règles existantes et de l’établissement de nouvelles règles concernant la responsabilité en vertu du droit international ».

²⁷⁵⁷ Voy. Conseil de l’Europe, « Projet de Convention européenne concernant la protection des eaux douces contre la pollution », Recommandation 555, 1969, sp. art. 7 et 8. Cette convention tendait seulement vers une responsabilité *sine delicto* car elle posait plusieurs conditions à la réparation, notamment la fixation de normes de qualité. De plus, les victimes étaient invitées à rechercher la responsabilité de l’État devant les tribunaux internes de ce dernier. Enfin, l’État disposait de droit de recours contre les personnes fautives, si bien que sa responsabilité n’était valable qu’en cas de dommages « accidentels ». Voy. J. G. LAMMERS, « The draft European Convention of the Council of Europe for the protection of international watercourses against pollution », *NYIL*, vol. 6, 1975, pp. 167-198 et J. BALLENEGER, *La pollution en droit international, op. cit.*, pp. 40-47.

²⁷⁵⁸ Conseil de l’Europe, « Projet de Convention européenne concernant la protection des eaux douces contre la pollution », 1974, art. 20.

²⁷⁵⁹ Pour l’auteur, le fait que le projet ait été rejeté ne signifiait pas le rejet d’une telle responsabilité. Le problème aurait résidé dans le fait que ledit texte posait cette responsabilité en tant que « principe fondamental » dans son préambule : voy. G. HANDL, “State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons », *op. cit.*, p. 549 et comparez avec P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle, op. cit.* pp. 196-197.

plusieurs traités contemporains²⁷⁶⁰, il en aurait cependant résulté l'idée que cette pratique, fût-elle émergente, ne soit limitée qu'à un certain type de dommages.

631. Une pratique étatique insuffisante. Rappelons, en effet, que les premières théories visant une transposition en droit international du principe de responsabilité *même sans illicéité* visaient les activités comportant des risques exceptionnels échappant à toute diligence²⁷⁶¹. Le débat devait ainsi avoir été obscurci quand il s'était opéré un glissement vers la volonté d'une responsabilité *même sans illicéité* du fait de tout événement transfrontière²⁷⁶². Les partisans d'une responsabilité *même sans illicéité* ont donc parfois insisté sur cette distinction pour affirmer l'existence d'une pratique internationale allant vers sa reconnaissance dans le cadre limité des accidents résultant d'activité à risque²⁷⁶³. Ils invoquaient ainsi un certain nombre d'exemples qu'il s'agisse de paiements *ex-gratia* effectués après des essais nucléaires, des pollutions par hydrocarbures, des accidents liés à l'utilisation de systèmes hydroélectriques ou de forage²⁷⁶⁴, et même de l'unique accident connu impliquant un engin spatial. Lors de l'affaire du Cosmos 954 concernant la chute d'un satellite soviétique sur le territoire du Canada, il est en effet remarquable (regrettable pour certains²⁷⁶⁵) que ce dernier, bénéficiant pourtant de l'application de la convention étudiée ci-devant, en ait appelé au principe général de droit reconnu par les nations civilisées de la responsabilité *même sans illicéité* du fait des activités à risque²⁷⁶⁶.

Cependant, cette pratique ne suffisait pas à asseoir l'existence d'une telle responsabilité. L'accident du *Torrey Canyon*, de *l'Amoco Cadiz*, de *Bhopal* puis de *Tchernobyl* ou de *Sandoz* sont en effet autant de contre-exemples permettant d'infirmer l'existence d'un tel principe et, plus encore, de confirmer que s'il existait un « assentiment des États », c'était « même pour s'abstenir d'invoquer tout type de

²⁷⁶⁰ Voy. pour exemple *Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels*, signée le 17 mars 2012 à Helsinki, entrée en vigueur le 19 avril 2000, RTNU, vol. 2105, p. 457, art. 13 ; *Convention sur prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets*, signée le 29 décembre 1972, entrée en vigueur le 30 août 1975, art. X et pour un exemple différent *Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance*, signée à Genève, le 13 novembre 1979, entrée en vigueur le 16 mars 1983, RTNU, vol. 1302, p. 217, note de bas de page p. 228.

²⁷⁶¹ Tel était du moins le cœur de la théorie de JENKS, et par derrière lui celles de L.F.E. GOLDIE, « Liability for damage and the progressive development of international law », *op. cit.* ; P. CAHIER, « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international » in *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève/Leyden, Sijthoff, 1977 ; G. HANDL, « International liability of State for marine pollution », *CYIL*, vol. 21, 1983 ; « State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons », *op. cit.* ; « Liability as an obligation established by a primary rule of international law : Some basic reflections on the International Law Commission's work », *NYIL*, vol. 16, 1985, pp. 56-59.

²⁷⁶² La Commission du droit international a d'ailleurs pu faire les frais d'une telle assimilation : voy. C. O'KEEFE, « Transboundary Pollution and the Strict Liability Issue : The Work of the International Law Commission on the Topic of International Liability for Injuries Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law », *DJIL*, vol. 18, 1990, sp. p. 188 et note *infra* note 2955.

²⁷⁶³ Voy. P. CAHIER, « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », *op. cit.*, p. 411 ; G. HANDL, « International liability of State for marine pollution », *op. cit.*, sp. pp. 100-101 ; « State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons », *op. cit.*, p. 550 ; E. Weiss, « Environmental Disasters in International Law », *AJL*, 1986, pp. 141-169.

²⁷⁶⁴ Voy. pour exemple L.J.E. GOLDIE, « Liability for Damage and the Progressive Development of International Law », *op. cit.*, sp. p. 1231 et plus largement C. O'KEEFE, « Transboundary Pollution and the Strict Liability Issue : The Work of the International Law Commission on the Topic of International Liability for Injuries Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law », *op. cit.*, pp. 176 et ss ; CDI, « Étude des régimes de responsabilité ayant traité au sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international" », *op. cit.*, pp. 99 et ss.

²⁷⁶⁵ CDI, « Quatrième rapport par Robert Quentin-Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1983, vol. II(1), p. 219, § 29 : « l'indigence de la doctrine juridique a imposé au Canada un carcan qui l'a conduit à cette curieuse extrémité d'avoir à prétendre que l'arrivée de l'objet spatial était à la fois licite et illicite [...] c'est là une démarche régressive, qui revient à s'imposer mutuellement des restrictions au lieu de trouver des accommodements ».

²⁷⁶⁶ Voy. C. O'KEEFE, « Transboundary Pollution and the Strict Liability Issue: The Work of the International Law Commission on the Topic of International Liability for Injuries Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law », *op. cit.*, p. 177 et CDI, « Étude des régimes de responsabilité ayant traité au sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international" », *op. cit.*, p. 85, § 91, note 96.

responsabilité étatique international »²⁷⁶⁷. Pour aucun de ces événements, les réparations n'ont été assurées, même partiellement, par les États concernés. Quand il y en a eu, elles ont été acquises par des fonds privés y compris dans les cas où des éléments existaient pour asseoir une responsabilité fondée sur l'illicéité. Or, une coutume internationale n'existe qu'à la condition qu'une pratique suffisamment stable et répandue puisse démontrer la conviction chez les États qu'une certaine règle de droit existe. Outre les cas dans lesquels l'indemnisation spontanée a pu servir à dissimuler un cas d'illicéité ou est apparue plus avantageuse pour les victimes dont la situation n'aurait pas eu à dépendre d'un débat tenant à l'existence d'une règle de droit²⁷⁶⁸, on devine donc aisément quelle était la stratégie des États concernés. Non sans rappeler le mécanisme de la coutume sauvage²⁷⁶⁹, d'aucuns ont avoué avoir appuyé l'existence d'un principe de responsabilité *même sans illicéité* dans le but de provoquer l'émergence d'une *opinio necessatis*²⁷⁷⁰. Dans la même idée, on a argué que le rejet de la responsabilité *même sans illicéité* n'était que l'influence d'une doctrine positiviste et volontariste incapable de comprendre que le droit international est « *a body of living principle and developing precedent growing with the needs of international society. Those who accept such a view of international law generally will find no difficulty in accepting the concept of a general liability in international law for ultra-hazardous activities* »²⁷⁷¹. Assurément dans les droits internes comme dans les conventions sus-étudiées, la responsabilité objectivée a constitué le fruit d'un besoin social tenant à la prise en considération de la précarité de la situation des victimes face à la nature de l'activité génératrice des dommages subis. En droit international, le problème était cependant que « la tendance à réclamer une indemnisation [était] d'ordre pragmatique, au lieu d'être fondée sur une théorie cohérente de la responsabilité »²⁷⁷². Par-delà l'acceptation du principe, la possibilité de généraliser un tel mécanisme dans cet ordre juridique suscitait donc déjà le doute.

2. Les obstacles théoriques du problème

632. Plan. Des mots de Sir Arnold McNAIR, « le droit international a emprunté et continue à emprunter à des systèmes de droit privé un grand nombre de ses règles et de ses institutions ». Mais « [q]uand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit

²⁷⁶⁷ P-M. DUPUY, « Droit international public » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 232 et dans le même sens P. GUTTINGER, "Allocation of responsibility for harmful consequences of acts not prohibited by international law" in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (dirs), *The Law of International Responsibility*, op. cit., p. 517A. BOYLE, "Making the polluter pay? Alternatives to State responsibility in the allocation of transboundary environmental costs" in F. FRANCONI, T. SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, p. 365 ; P. SANDS, *Chernobyl, Law and Communication: Transboundary Nuclear Air Pollution, The Legal Materials*, Cambridge, CUP, 1988, pp. 26- 27.

²⁷⁶⁸ Voy. B. MAIER, "Ex Gratia payments and the Iranian Airline Tragedy in Agora : The Downing of Iran Air Flight 655", *AJIL*, vol. 83, 1989, p. 329; C. O'KEEFE, " Transboundary Pollution and the Strict Liability Issue: The Work of the International Law Commission on the Topic of International Liability for Injuries Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law", op. cit., p. 178

²⁷⁶⁹ Voy. R-J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage » in *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87

²⁷⁷⁰ Voy. A. GOTLIEB, C. DALFEN, "National jurisdiction and International Responsibility : New approaches to International law », *AJIL*, vol. 67, 1973, pp. 209 et ss et P-M. DUPUY, « Droit international public » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 227 confirmant ainsi que la technique est effectivement connue qui consiste à affirmer au présent de l'indicatif une règle dont on souhaite simplement hâter l'avènement dans le droit positif.

²⁷⁷¹ C.W. JENKS, "Liability for Ultra-Hazardous activities in International Law", op. cit., p. 177. Dans le même sens G. HANDLE, "State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons", op. cit., p. 553.

²⁷⁷² CDI, « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international : rapport du Groupe de travail », *ACDI*, 1996, vol. II(2), p. 126, § 32.

privé en bloc, toutes faites et complètement équipées d'un ensemble de règles. Il serait difficile de concilier pareille méthode avec l'application des principes généraux de droit »²⁷⁷³. Aussi, en sus de ne pas refléter la réalité du droit positif, les principales limites à la consécration d'une règle de responsabilité étatique du seul fait d'une activité à risque poursuivie par une personne privée résidaient dans les difficultés à transposer, telle quelle, sa mécanique dans l'ordre juridique international. Pour reprendre l'idée selon laquelle l'institution de la responsabilité constitue un « processus qui conduit du fait dommageable à l'application de la sanction »²⁷⁷⁴, ces limites étaient deux de types. Certaines étaient ainsi relatives à la formulation *stricto sensu* de cette responsabilité, autrement dit à ses conditions (a.). D'autres étaient plus relatives à sa mise en œuvre, autrement dit à sa formulation *lato sensu* (b.).

a. *Les limites de la responsabilité même sans illicéité stricto sensu*

633. De trois à deux conditions de la responsabilité même sans illicéité. Les propositions formulées par les partisans de la doctrine d'une responsabilité étatique du fait des activités à risque n'ambitionnaient pas à l'élaboration d'une théorie de la responsabilité internationale *même sans illicéité*. C'est le pragmatisme qui guidait leur constatation, tout comme il a guidé les rédacteurs des conventions sur la responsabilité civile nucléaire. Dès lors, la recherche d'un fondement explicatif à cette règle aurait été délicate. Les défauts seraient d'ailleurs survenus au même endroit que pour la règle de droit civil, mais ils auraient encore été exacerbés. Envisagées initialement en considération de l'auteur du dommage, les difficultés auraient en effet été relatives tant à la détermination du fait générateur qu'à la détermination du lien d'imputation. Sur ce point, on notera d'ailleurs que si la question de l'ampleur du dommage est apparue comme d'une importance fondamentale au sein de certaines propositions formulées²⁷⁷⁵, elle ne nous paraît en réalité que peu pertinente. Les différents régimes institués, et notamment le régime de responsabilité civile nucléaire, l'ont été pour faire face à des risques exceptionnels en raison de la technologie usitée et de la potentialité dommageable. Dès lors, s'il est une « liaison intime »²⁷⁷⁶ entre l'activité à risque et le dommage, cette liaison ne saurait être focalisée sur le dommage en résultant concrètement²⁷⁷⁷. Il aurait ainsi suffi que le dommage soit un

²⁷⁷³ Sir A. MCNAIR, Opinion individuelle sous CIJ, *Statut international du Sud-Ouest africain*, avis du 11 juillet 1950, *Rec. CIJ*, p. 148.

²⁷⁷⁴ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 2.

²⁷⁷⁵ Cette référence à l'ampleur du dommage est particulièrement prégnante dans la pensée de JENKS : voy. C-W. JENKS, "Liability for Ultra Hazardous Activities in International Law", *op. cit.*, pp. 107, 145-146.

²⁷⁷⁶ P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 222 en référence à R. LATOURNERIE, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, Paris, LGDJ, 1945, p. 51.

²⁷⁷⁷ Voy. en ce sens P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 223 soulignant en sus qu'il n'y a pas « en droit des gens, d'anormalité en deçà duquel le dommage ne sera pas réparé, au-delà duquel [l'État] accèdera à l'indemnisation, les caractères propres au dommage, pris indépendamment de l'activité qui l'a produit, ne joueront pas de rôle autonome dans le mécanisme de la réparation »

dommage international, dans ce sens qu'il résulte d'un évènement aux conséquences transfrontières²⁷⁷⁸, et qu'il soit éventuellement « significatif »²⁷⁷⁹.

634. Plan. Dès lors, il s'agira de se concentrer sur les deux conditions qui étaient susceptibles de poser le plus de difficultés, à savoir le fait générateur (i.) et le lien d'imputation (ii.).

i. La détermination du fait générateur

635. L'admission aisée d'un fait générateur dénué d'illicéité. Les premières véritables difficultés seraient nées de la détermination du fait générateur. Il aurait en effet fallu admettre que la responsabilité de l'État n'implique aucune illicéité, c'est-à-dire que la réalisation d'un risque attaché à une activité avec laquelle il aurait entretenu un certain lien emporte une sorte d'obligation « secondaire » de l'État de réparer les dommages transfrontières occasionnés ou, dans le refus d'envisager qu'une règle secondaire puisse naître d'un comportement licite, une obligation primaire autonome²⁷⁸⁰. Quoiqu'il en soit, chercher l'illicéité dans le fait générateur aurait conduit à des résultats insatisfaisants. Faire reposer la responsabilité de l'État sur une présomption irréfragable selon laquelle il n'aurait pas agi suivant la meilleure *diligence* aurait conduit à considérer que « dans une technologie déterminée, les hommes sont suffisamment avertis des risques et des moyens d'y parer efficacement »²⁷⁸¹. Cela n'aurait certainement pas correspondu à la réalité des activités à risque. Faire ensuite reposer la responsabilité sur une interdiction absolue de laisser user son territoire aux fins d'actes dommageables – transformant ainsi l'obligation d'utilisation non dommageable du territoire en obligation de résultat – aurait à coup sûr emporté l'opposition des États et présenté le risque de conduire à de trop grandes dérives sans principe régulateur. Même l'idée de considérer l'existence d'une telle obligation en cas de dommage transfrontière « significatif » ou, du moins, de tirer une présomption d'illicéité de la survenance d'un tel dommage serait restée insatisfaisante²⁷⁸². Outre la question relative à l'appréciation du seuil²⁷⁸³, cette compréhension de la responsabilité aurait conduit

²⁷⁷⁸ L'élément transfrontière apparaît effectivement déterminant, mais la question aurait pu également se poser vis-à-vis des victimes étrangères situées sur le territoire de l'État sur lequel serait survenu le fait dommageable. Outre que ces victimes auraient été protégées par le droit des étrangers, cette hypothèse a néanmoins été rapidement écartée sur le motif d'un « risque-assumé » : voy. en ce sens CDI, « Quatrième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1988, vol. II(1), pp. 262-263, § 61. De plus, ne pas l'admettre reviendrait à questionner l'intérêt d'une responsabilité internationale sauf à étendre excessivement la compréhension et la nature du droit à réparation en résultant. Une nuance doit néanmoins être apportée pour ce qui concerne les dommages environnementaux causés par des activités conduites dans des *terra nullius* : voy. TIDM, *Responsabilité et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activité menées dans la zone*, *op. cit.*, p. 59, § 180.

²⁷⁷⁹ La référence au dommage « significatif » est quelque peu anachronique car elle est pour partie le résultat des travaux de la CDI sur la question. Elle vise aujourd'hui, comme le souligne Yann KERBRAT, surtout à relever le caractère « mesurable » du dommage : Y. KERBRAT, « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement » in SFDI, *Le droit international face au défi enjeux environnementaux*, *op. cit.*, p. 133 et dans le même sens L. ESTRELA BORGES, *Les obligations de prévention dans le droit internationale de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 357 et ss, et pour une position plus nuancée CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, 16 décembre 2005, p. 730, § 192.

²⁷⁸⁰ Voy. en ce sens M. SORENSEN, « Principe de droit international public », *RCADI*, vol. 101, 1960, p. 221 ; P. REUTER, « Principe de droit international public », *RCADI*, 1961, vol. 103, p. 590-595 et CDI, « Deuxième rapport de Roberto Ago sur la responsabilité des États », *ACDI*, 1970, vol. II, pp. 189 et ss. C'est cela qui avait d'ailleurs conduit ce rapporteur à exclure cette question des travaux sur la responsabilité des États pour fait illicite comme on le verra *infra*.

²⁷⁸¹ P. REUTER, « Principe de droit international public », *op. cit.*, p. 594.

²⁷⁸² Voy. sur ces propositions L. ESTRELA BORGES, *Les obligations de prévention dans le droit internationale de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 433-434 ; G. CAUBET, « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *AFDI*, vol. 29, 1983, p. 119 ou encore M. KOSKENNIEMI, "International Pollution in the system of International Law", *Oikeustiede-Jurisprudentia*, vol. 17, 1984, pp. 128, 155.

²⁷⁸³ On imagine qu'en dehors de toute illicéité, la question de déterminer ce que constitue un dommage significatif aurait été largement exacerbée. Rapprochez P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *op. cit.* p. 74

à conditionner la licéité d'une activité à l'aléa du risque lui étant intrinsèque à l'activité²⁷⁸⁴ ou, pire, au comportement diligent de son exploitant²⁷⁸⁵. De surcroît, cette liaison n'aurait obéi à aucune nécessité logique. On aurait pu concevoir que l'activité demeure licite et qu'à partir du moment où elle provoquerait des dommages, ceux-ci devront être réparés, sur la base d'une obligation préexistante²⁷⁸⁶ – *id.* la règle de responsabilité – et ce sans considération portée sur le comportement *négligent* de l'État²⁷⁸⁷. La simple anormalité d'un risque licite peut justifier que sa réalisation emporte la responsabilité. C'est d'ailleurs ce raisonnement que l'on retrouve en droit interne, et celui que l'on saura exploiter ultérieurement dans le cadre de la règle de responsabilité civile du fait des activités à risque, applicable aux activités de fusion.

636. La difficulté de déterminer le fait générateur dénué d'illicéité. Néanmoins, toute la difficulté aurait été de déterminer ce que constitue une activité à risque, laquelle n'a jamais été « *a terme of art* »²⁷⁸⁸. Cette difficulté n'est cependant pas à l'exclusivité du droit international en témoignera les tentatives d'en circonscrire la compréhension en droit interne. Comme dans ce dernier, la catégorie était (est) difficilement enfermable dans une catégorie stable²⁷⁸⁹. Des auteurs avaient ainsi proposé d'appréhender la notion par le prisme d'une analyse *ex post facto* considérant « [qu'] un dommage d'une gravité telle qu'il dépasse les frontières d'un État est la preuve même d'un risque exceptionnel »²⁷⁹⁰. Mais, quand cette démarche *a posteriori* se vaudra d'être condamnée en droit interne²⁷⁹¹, elle n'aurait pas été plus valable en droit international en raison de la contextualisation du risque qu'elle aurait impliqué, n'en aurait témoigné que l'affaire de la *Fonderie du Trail*²⁷⁹². Quant au caractère catastrophique du dommage transfrontière²⁷⁹³, il n'aurait pas été davantage probant au

²⁷⁸⁴ Quand bien même il ne s'agit pas ici d'éluider cette distinction qui peut exister entre activité licite et dommage illicite (en ce sens que le fait de laisser poursuivre l'activité sur son territoire aurait été un fait licite de l'État si tant est qu'elle ne cause pas de dommage), cette responsabilité aurait fait dépendre la licéité d'un aléa et non d'un comportement, et ce compte tenu du risque incompressible présenté par ces activités : voy. en ce sens P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 226, note 17 et rapprochez CDI, « Deuxième rapport par Robert Quentin-Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *op. cit.*, p. 118, § 43.

²⁷⁸⁵ Ce qui reviendrait à imposer à l'État une surveillance absolue et donc une présomption d'illicéité ?

²⁷⁸⁶ Voy. P-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *op. cit.*, p. 73 et P. REUTER, « Principe de droit international public », *op. cit.*, p. 593.

²⁷⁸⁷ La possibilité que le risque soit réalisé, alors qu'un défaut de diligence soit imputable à l'État, ne serait pas un problème si l'on considère que la responsabilité est recherchée *même sans illicéité*, c'est-à-dire sans la preuve de l'apport d'une « faute » : voy. en ce sens P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 228 rejoignant ainsi sa position eu égard à la responsabilité du fait de la chute d'engins spatiaux vu *supra* note 2738. Dans le même sens P. REUTER, « Le dommage comme condition de la responsabilité internationale » in *Estudios de derecho internacional : homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 837 ss ; B. GRAEFRATH, "Responsibility and Damages Caused : Relationship between Responsibility and Damages", *RCADI*, vol. 185, 1985, pp. 104 et ss et rapprochez G. HANDL, "State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons", *op. cit.*, p. 556.

²⁷⁸⁸ C-W. JENKS, "Liability for Ultrahazardous Activities in International Law", *op. cit.*, p. 107 ; G. HANDL, "State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons", *op. cit.*, p. 555.

²⁷⁸⁹ Voy. pour exemple l'énumération opérée par C-W. JENKS, "Liability for Ultrahazardous Activities in International Law", *op. cit.*, p. 195.

²⁷⁹⁰ P. CAHIER, « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », *op. cit.*, p. 431.

²⁷⁹¹ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²⁷⁹² On a ainsi déjà évoqué *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2, que selon la localisation d'une installation de fusion (proche d'une frontière), le risque nucléaire de fusion pourrait conjonctuellement devenir un risque transfrontière. Sans évidemment dénier le caractère d'activité à risque d'une installation de fusion nucléaire, le même constat pourrait être valable pour des activités bien moins risquées, et ou banales en témoigne l'exemple de la *Fonderie du Trail*. Le critère ne serait donc pas pertinent, et ce dès lors qu'une installation nucléaire de fission, voire de fusion, présente un potentiel dommageable plus important, même située loin d'une frontière, qu'une usine banale située proche d'une frontière : voy. en ce sens L. ESTRELA BORGES, *Les obligations de prévention dans le droit internationale de l'environnement*, *op. cit.*, p. 410 ; CDI, « Deuxième rapport par Robert Quentin-Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *op. cit.*, p. 113, § 23 évoquant à l'endroit de l'affaire de la *Fonderie du Trail* que « la situation n'était inhabituelle que par les circonstances [...] la topographie des lieux, jointe aux conditions météorologiques, a intensifié et localisé les effets dommageables de la pollution portée par le vent ».

²⁷⁹³ C-W. JENKS, "Liability for Ultra Hazardous Activities in International Law", *op. cit.*, pp. 107, 145-146.

risque, encore, d'exclure les « petites victimes » d'une règle instituée à raison de la nature d'un risque et de la technologie qu'il implique²⁷⁹⁴. Surtout, une telle appréhension *ex post* aurait privé les victimes comme les États d'une prévisibilité somme toute nécessaire pour surmonter les réticences étatiques²⁷⁹⁵. Force est donc d'admettre que l'évolutivité de cette dernière n'aurait pas autorisé à en fournir une définition stricte. Le cas échéant, et dans l'hypothèse où le projet avait abouti, les victimes de la fusion nucléaire auraient pu en être exclues. Or en droit interne, l'autorité du juge peut constituer un élément déterminant pour assoir cette qualification *prognosi postuma*²⁷⁹⁶. Mais le système juridictionnel international n'aurait pas pu assumer cette fonction²⁷⁹⁷. Enfin, outre cette première difficulté, le fait que la responsabilité se trouve dotée d'un champ d'application mal et surtout trop largement déterminé aurait affaibli la responsabilité de droit commun. Les efforts de prévention des États s'en seraient trouvés anéantis, ces derniers ne distinguant plus selon le respect de leur devoir et leur abandon dans un droit international marqué par l'émergence d'obligations de prévention. Encourager le principe d'une responsabilité *même sans illicéité* au moment où la responsabilité pour fait illicite se serait trouvée plus étroitement définie par l'émergence d'obligation primaire aurait ainsi été « une curieuse façon d'encourager les États à respecter ces règles de bonne gestion ! »²⁷⁹⁸. Pour ceux qui relèveraient le caractère paradoxal de cette affirmation alors que nous arguons que la responsabilité *même sans faute* des exploitants constitue un outil préventif fort, il s'agira de leur rappeler qu'on ne peut ni confondre la figure de la personne privée soumise à l'autorité étatique et celle de l'État agissant dans un ordre juridique international dépourvue de toute centralisation²⁷⁹⁹ ni assimiler les effets qu'une responsabilité fondée sur l'illicéité pourrait avoir sur l'un ou sur l'autre²⁸⁰⁰.

ii. La détermination du lien d'imputation

637. Une inadéquation des liens d'imputation classiques. Quoique l'on ait déjà pu observer dans l'ordre interne la difficulté qui pourrait surgir pour imputer la réalisation d'un risque à un exploitant, force est de constater qu'elle se trouve amplifiée dans l'ordre juridique internationale. Plus que tout autre élément, le lien d'imputation constitue pourtant la clef permettant de traduire toute règle de

²⁷⁹⁴ De nouveau, cela n'était pas l'esprit des régimes visant la réception des activités à risque à l'instar du régime de responsabilité civile nucléaire : voy. dans le même sens P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 221 ; G. HANDL, "State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons", *op. cit.*, p. 556.

²⁷⁹⁵ G. HANDL, "State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons", *op. cit.*, p. 556.

²⁷⁹⁶ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

²⁷⁹⁷ On rappellera que le recours aux juridictions reste, en droit international, soumis à la volonté des États et, sauf systèmes fortement institutionnalisés, les juridictions internationales ne bénéficient souvent pas d'une intégration suffisante pour assoir une totale légitimité : voy. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2 et dans le même sens P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 208.

²⁷⁹⁸ Voy. P-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *op. cit.*, p. 88 ; *La responsabilité internationale de l'État pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 232 soulignant qu'on ne peut « au même moment, développer ces obligations de prévention de dommages catastrophiques et supprimer la sanction de leur violation en systématisant la réparation ». Cette ambivalence avait ainsi déjà été mis en exergue par J. KELSON, "State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activities", *op. cit.*, p. 241.

²⁷⁹⁹ En effet, dans l'ordre interne centralisé et vertical, c'est l'État qui va obliger un exploitant à respecter une obligation de prévention. Cela n'est pas le cas en droit international, quand parallèlement quand l'analyse du comportement préventif de l'État apparaît bien souvent à l'examen d'une illicéité constatée et, le cas échéant, d'un dommage déjà réalisé.

²⁸⁰⁰ Raison faite de sa posture, il est largement possible que l'État, plus que l'exploitant d'une activité à risque, présente une propension pour le risque quand, en revanche, il est un lieu commun que la reconnaissance d'une illicéité imputable à un État est source d'un signal fort : voy. pour exemple CDI, « Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 287 : « [u]ne des formes de satisfaction les plus fréquentes pour dommage moral ou immatériel est la déclaration d'illicéité faite par une cour ou un tribunal compétent [...] dans l'affaire du Détroit de Corfou, la Cour a utilisé la déclaration comme forme de satisfaction ».

responsabilité et plus encore d'une responsabilité étatique. Condition *sine qua non*, le lien d'imputation ou d'attribution constitue en effet un élément fondamental parce qu'il permet de rattacher un acte matériellement commis par un individu à la personne juridique étatique²⁸⁰¹. Or il était déjà admis que l'imputation dans l'ordre juridique international ne pouvait obéir qu'aux règles de ce dernier et que le comportement d'un simple particulier agissant en tant que tel ne pouvait ainsi être considéré comme un fait de l'État sur le plan international²⁸⁰². Dès lors, et à partir du moment où les activités à risque auraient constitué l'apanage d'activités conduites par des personnes privées, la simple contribution qu'aurait pu représenter ces activités à l'effort national ou à l'intérêt général n'aurait pu justifier que soit juridiquement établi un tel lien d'attribution à l'État. Pour cela d'ailleurs, ceux qui semblaient voir une responsabilité internationale *même sans illicéité* dans l'intervention de l'État au sein du régime de responsabilité civile nucléaire ont tenté d'identifier une nouvelle technique d'imputation dans le principe de canalisation. La globalisation opérée par le principe qui refuse à distinguer entre les différentes opérations nécessaires à la poursuite de l'activité aurait en effet permis de simplifier « le rattachement, non seulement du dommage à l'exploitant, mais aussi de l'activité nucléaire, prise en bloc, à l'État : lorsque celui-ci se substituera à l'exploitant parce que l'étendue de la réparation outrepassa la solvabilité de ce dernier, il apparaîtra à son tour comme le responsable général de l'activité nucléaire, prise dans tous ses éléments constitutifs »²⁸⁰³. Rendant inutile de rechercher si le fait de l'exploitant eut été imputable à l'État à raison de son statut d'agent ou d'organe, la responsabilité de l'État n'aurait cependant pas plus trouvé de justification qu'en a, au demeurant, trouvé celle, exclusive, de l'exploitant dans ce régime²⁸⁰⁴. Tout au plus, la canalisation facilite l'établissement de l'État débiteur de l'indemnisation : parce que l'on identifie l'exploitant, l'on identifie l'installation nucléaire, et l'on identifie l'État sur le territoire duquel elle se situe. Elle ne peut toutefois l'expliquer sauf à considérer cette particularité que les activités en cause aient été initialement accomplies « sous le contrôle et pour le compte » de l'État²⁸⁰⁵. Sans préjudice de la pertinence de ce critère en droit interne²⁸⁰⁶, l'on retrouve ici l'un des seuls critères permettant de rattacher le comportement illicite de personnes privées à l'État. Mais ce critère se révèle particulièrement rigoureux en sus d'être soumis à la violation du droit international par les personnes

²⁸⁰¹ Voy. CDI, « Deuxième rapport de Roberto Ago sur la responsabilité des États », *op. cit.*, p. 202 : « parler d'imputation à l'État, c'est indiquer que l'ordre juridique international doit pouvoir considérer l'action dont il s'agit comme un fait de l'État, pour qu'il lui soit permis d'en faire à son tour la prémisses de la création de ces situations juridiques subjectives nouvelles (qui) sont couvertes par l'expression globale et synthétique de "responsabilité internationale de l'État" » et plus généralement P. JAKOB, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, thèse, Rennes 1, 2010, 454 p. ou F. FINCK, *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale*, thèse, Strasbourg, 2011, 452 p.

²⁸⁰² Voy. P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale de États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 2324-235 ; J.G. STARKE, "Imputability of international delinquencies", *BYBIL*, 1938, p. 106 ; C.-T., « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale (nouvelles tendances) », *RCADI*, vol. 84, 1953, p. 417 et plus généralement les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité pour fait illicite, ainsi que les commentaires et les références sous les articles 4 et ss de CDI, « Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, Chapitre 2.

²⁸⁰³ P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 237.

²⁸⁰⁴ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, B.

²⁸⁰⁵ P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 239.

²⁸⁰⁶ On voit ici le lien avec la responsabilité subsidiaire de l'État dans le cadre du service public ou de l'ouvrage public tel que vu *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 1, B.

privées²⁸⁰⁷. Il n'aurait de surcroît pas satisfait à la réalité des activités à risque. Sauf le cas des activités spatiales où l'on a fait reposer la responsabilité sur l'État en présumant que la poursuite de ces activités constitue un fait direct de l'État, toutes les activités entreprises sur un territoire susceptibles de constituer des activités à risque ne sont, aujourd'hui comme hier, pas placées sous le contrôle (présumé) exclusif de l'État. L'admettre viendrait le cas échéant à réduire fortement la compréhension de la notion et donc le champ d'application de cette responsabilité. Si l'idée avait été avancée que le rattachement à l'État de tels risques aurait pu trouver sa justification dans le profit tiré « par la collectivité nationale de l'acte » qui doit ainsi supporter « les préjudices causés aux tiers »²⁸⁰⁸, elle n'est pas plus satisfaisante. D'abord, toutes les activités à risque ne concourent pas à l'intérêt général et n'emporte pas la conviction de la nation, en témoigne aujourd'hui les activités nucléaires. De plus, cette proposition, qui rappelle la rupture d'égalité devant les charges publiques ou la théorie du risque-profit, aurait souffert, soit la même artificialité, soit la difficulté de traduire cette théorie « nationale » dans l'ordre juridique international²⁸⁰⁹. Même s'il est certainement des activités qui seraient susceptibles de servir la communauté internationale – telle pourrait d'ailleurs être le cas de l'activité ITER – cela ne saurait encore moins servir à fonder l'imputation²⁸¹⁰.

638. Des liens d'attribution substitutifs insuffisants. Face à ces difficultés, il y aurait eu une alternative. Soit l'on devait considérer que la responsabilité aurait été justifiée par le fait que la réalisation du risque soit un fait propre de l'État traduisant en lui-même la manifestation d'un manquement à ses obligations de diligence. En replaçant la responsabilité dans l'illicéité, une telle responsabilité, si elle était fondée sur une présomption irréfragable, aurait néanmoins rencontré les mêmes limites qu'identifiées quelques lignes plus haut. Dans le cas contraire, elle n'aurait alors qu'été réduite à un renversement de la charge de la preuve, certes novateur et opportun dans le cadre des activités à risque, mais ébranlant assez peu le système de la responsabilité internationale²⁸¹¹. Elle aurait été susceptible, d'autant plus, de poser un problème de causalité²⁸¹². Soit l'on admettait, contrairement à Philippe CAHIER, qu'il se serait ici justifié une dérogation aux règles classiques d'imputation²⁸¹³ si

²⁸⁰⁷ Voy. sur le critère « du contrôle effectif » : CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op. cit.*, p. 65, §§ 115-116 et CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, pp. 204 et ss, §§ 391 et ss et plus généralement CDI, « *Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs* », *op. cit.*, art. 8 et commentaires y relatifs.

²⁸⁰⁸ Voy. M. RÉGLADE, « Les perspectives qui ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement du droit international public », *op. cit.* : « la responsabilité des États fondée sur l'idée de risque, voudrait même que fut internationalement responsable de tout acte préjudiciable à un intérêt reconnu et protégé par le droit international, indépendamment, non seulement d'une faute commise par un de ses organes, mais même de toute violation du droit international au sens large : *du moment que la collectivité nationale profite de l'acte, elle doit supporter les préjudices causés à des intérêts tiers, comme en droit interne en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique* ». Rapprochez G. HANDL, « State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons », *op. cit.*, p. 559.

²⁸⁰⁹ Si l'on considère en effet que la rupture d'égalité devant les charges publiques sert à indemniser les personnes auxquelles l'intérêt général a imposé un sacrifice financier, il aurait encore fallu démontrer que l'activité ait profité aux tiers étrangers victimes subissant ce sacrifice : voy. P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, *op. cit.*, p. 239 et rapprochez R. LATOURNERIE, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, *op. cit.*, p. 55.

²⁸¹⁰ Au contraire, cela appellerait un partage de responsabilité comme vu *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2, in fine.

²⁸¹¹ Rapprochez P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *op. cit.*, p. 71, 108.

²⁸¹² L'État n'aurait en effet été responsable que dans la mesure où le fait de négligence a participé à la survenance du dommage et ou son aggravation : CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, pp. 233 et ss, §§ 462 et ss ; CEDH, *Tătar c/Roumanie*, *op. cit.*, § 130 et plus généralement sur cette question T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, sp. p. 154 et ss.

²⁸¹³ Voy. P. CAHIER, « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », *op. cit.*, p. 431. Cette hypothèse avait néanmoins été formellement exclue par les États lors des travaux sur responsabilité pour fait illicite : voy. *ACDI*, 1973, vol. II, p. 171, § 39 ; *ACDI*, 1974, vol. I, p. 30, § 25.

bien que le contrôle *lato sensu* (préssumé) que l'État aurait exercé sur l'activité poursuivie sur son territoire auraient constitué un rattachement nouveau et suffisant²⁸¹⁴. Parce que les activités à risque sont de celles qui sont plus susceptibles d'être l'objet d'une autorisation administrative déterminant les modalités de poursuites de cette activité et se trouvent sous le joug de sa surveillance, elle suffirait ainsi à justifier la responsabilité *même sans illicéité* de l'État. L'idée n'est pas dénuée de fondement. Après tout, à chaque règle de responsabilité correspond généralement un lien d'imputation différemment établi : la faute engage la responsabilité du fautif et la garde engage la responsabilité du gardien. Cependant, force est d'admettre que la simple *présomption* que l'État ait exercé un contrôle *lato sensu* sur l'activité aurait éloigné la responsabilité. Cela ressortira davantage de notre développement *infra* : la responsabilité ne peut (même lorsqu'elle est recherchée *sans faute*) être dénuée d'un certain rapport de causalité entre le comportement du désigné responsable et la réalisation du risque qu'il s'agisse de la maîtrise directe qu'il possède sur une activité ou de sa volonté explicite d'en assumer le risque²⁸¹⁵. Or, parce que l'État – eut-il contribué à encadrer le bon déroulement de l'activité – n'aurait pas possédé la maîtrise de l'activité, il serait resté à déterminer la mesure dans laquelle sa responsabilité pouvait résulter de sa volonté²⁸¹⁶.

Dans ce dernier cas, l'on aurait pu admettre que la responsabilité *même sans illicéité* ait constitué la matérialisation d'une garantie préalable que l'État accorderait aux autres États contre les risques induits par une activité à risque poursuivie sur son territoire ou sous son contrôle *lato sensu*²⁸¹⁷. Dans cette hypothèse, l'acceptation de l'État se serait toutefois opposée à la diffusion d'un principe général de responsabilité aux contours imprécis. Il aurait en effet supposé une connaissance minimale des potentialités dommageables de l'activité non systématiquement acquise et surtout relative. Il suffira d'ailleurs pour s'en convaincre de souligner l'opposition que le critère du contrôle territorial a suscitée, lorsqu'il a été repris par la Commission, chez les pays en développement souffrant des premiers excès de la délocalisation. Sans possibilité d'admettre quelque volonté tacite, l'établissement de la responsabilité n'aurait alors pu être que le fruit d'un accord conventionnel ou d'une règle établissant clairement ce lien d'imputation artificiel. Si la difficulté à déterminer ce que constitue une activité à risque devait déjà corroborer cette conclusion, le même constat serait ressorti des limites tenant à la formulation *lato sensu* d'une telle responsabilité.

²⁸¹⁴ Voy. C.W. JENKS, "Liability for Ultra-Hazardous activities in International Law", *op. cit.*, p. 178 ; J. KELSON, "State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activities", *op. cit.*, p. 241 ; E. WEISS, "Environmental Disasters in International Law", *op. cit.*, pp. 280-281 ; G. HANDL, "State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons", *op. cit.*, p. 558 ; T. TREVES, "Les tendances récentes du droit conventionnel de la responsabilité et le nouveau droit de la mer", AFDI, vol. 21, 1975, p. 781

²⁸¹⁵ Voy. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

²⁸¹⁶ La présentation n'étant d'ailleurs pas sans rappeler la théorie de l'endossement : voy. CIJ, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, 24 mai 1980, *Rec. CIJ*, p. 35, § 74 et plus généralement CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, art. 11 et commentaires y relatifs.

²⁸¹⁷ Ainsi le rapporteur du projet sur la responsabilité pour fait illicite avait considéré que « s'il devait apparaître que dans certaines situations l'État répond dans tous les cas des agissements préjudiciables à des États étrangers ou à leurs ressortissants sans s'occuper de savoir si de tels agissements, soit de personnes privées soit d'organes, lui sont attribuables, on se trouverait devant quelque chose d'entièrement étranger au domaine de la responsabilité pour faits internationalement illicites – quelque chose qui n'aurait plus de rapport avec la détermination des conditions d'existence d'un fait de l'État sur le plan international. On serait en présence d'une garantie que l'État accorderait, sur le plan international, contre les risques d'agissements commis sur son territoire, dans certaines conditions, par des personnes privées » : CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-septième session », *ACDI*, 1975, vol. II, p. 79, § 12. Dans le même sens G. HANDL, "State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons", *op. cit.*, p. 558, p. 559, sp. note 156 : "the state's liability flow instead from that fundamental notion of guarantee owed the international community as the tit for tat for international recognition of the state's exclusive jurisdiction over its territory ».

639. Une mise en œuvre appelant des mesures adaptées. L'un des obstacles corrélatifs à la diffusion d'une responsabilité internationale étatique *même sans illicéité* aurait en effet résidé dans les prescriptions inévitablement attachées à une telle responsabilité. Il est en effet une chose que d'envisager l'existence d'une responsabilité étatique *même sans illicéité*, il en est une autre de permettre efficacement sa mise en œuvre. Bien que d'aucuns aient pu en effet tirer de l'avis de la Cour en l'affaire des *Compétence des tribunaux de Dantzig* l'émergence d'un droit individuel à la poursuite d'une réclamation internationale²⁸¹⁸ et bien que l'évolution du droit international soit effectivement allée vers une reconnaissance ponctuelle de ce droit individuel²⁸¹⁹, le droit international de la responsabilité était – et demeure – une responsabilité fondée sur des rapports interétatiques. Aussi, parce que tant le principe des immunités de juridiction que celui de la protection diplomatique constituent les représentations les plus flagrantes de ce caractère, il n'est pas étonnant qu'ils soient ceux auxquels on a apporté les aménagements nécessaires dans le cadre du régime spatial, ou davantage, dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire²⁸²⁰. Dès lors, la reconnaissance d'une responsabilité *même sans illicéité* aurait nécessairement invité à prendre en considération ces données, sauf à admettre que la réparation du dommage n'aurait été qu'au bénéfice de l'État – ce qui au demeurant n'aurait pas nécessairement posé difficultés quand l'on admet aujourd'hui que le dommage subi par l'État peut s'apprécier au travers celui subi par ses ressortissants et qu'il puisse ainsi agir *parens patriae*²⁸²¹. Un souci de sécurité juridique aurait dû néanmoins conduire à privilégier la réparation des dommages subis individuellement. De plus, n'envisager que la responsabilité par le biais du canal État à État aurait été peu adapté pour la réparation de dommages causés par des activités – telles les activités de fusion nucléaire – qui sont susceptibles de ne pas être subies concomitamment par toutes les victimes,

²⁸¹⁸ Voy. CPJI, *Compétence des Tribunaux de Dantzig*, avis du 3 mars 1938, Série B, n°15 ; R.J.E. GOLDIE, « Liability for Damage and the Progressive Development of International Law », *op. cit.*, p. 1251 et L.B. SOHN, R. BAXTER, *Convention on the international responsibility of States injuries to aliens. Draft n°12*, Cambridge, Harvard Law School, 1961, art. 22 et pp. 188-198. On notera cependant que l'on attribue surtout traditionnellement à cette jurisprudence d'avoir été l'une des premières à reconnaître l'effet direct de certaines normes internationales, et ce bien avant que le droit communautaire ne vienne l'entériner : voy. J. VERHOEVEN, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », *RBDI*, vol. XV, 1980, p. 263 ou encore D. PETROVIC, *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne, A la recherche d'un concept*, Genève, Graduate Institute Publications, 2000, p. 10 contra. LORD MC NAIR, *Law of Treaties*, Oxford, OUP, 1961, p. 337 et F. CAPOTORTI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 248, 1994, p. 84.

²⁸¹⁹ On pensera notamment au domaine de droits de l'homme. Voy. CDI, « Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *op. cit.*, art. 33, § 3 du commentaire relatif ; M. BOURQUIN, « La position de l'individu dans l'ordre juridique international », *IRRC*, vol. 36, 1954, pp. 880-897.

²⁸²⁰ On a ainsi vu *supra* les aménagements apportés à la protection diplomatique dans le cadre du régime spatial. Quant aux conventions de responsabilité civile nucléaire, elles sont allées encore plus loin en plaçant l'allocation de l'indemnisation dans un régime de droit international privé dans lequel l'intervention de l'État par les mêmes voies (et même moins, si l'on admet qu'il ne sera pas poursuivie devant le tribunal compétent) que celles de l'exploitant.

²⁸²¹ Voy. P. REUTER, « Principe de droit international public », *op. cit.*, p. 189 ; J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 570 ou encore CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, op. cit.*, dans laquelle la Bosnie Herzégovine avait agi *parens patriae*. Dans le cas d'une protection diplomatique, cela est forcément plus explicite : voy. CIJ, *Amadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, 19 juin 2012, *Rec. CIJ*, p. 344, § 57 : [L]a Cour tient à rappeler que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci ». On pourra cependant remarquer la position adoptée dans l'avis CIJ, *Conséquences juridiques d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, *Rec. CIJ*, p. 198, § 153 où la Cour considère que « Israël est en conséquence tenu de restituer les terres, les vergers, les oliveraies et les autres biens immobiliers saisis à toute personne physique ou morale en vue de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé. Au cas où une telle restitution s'avérerait matériellement impossible, Israël serait tenu de procéder à l'indemnisation des personnes en question pour le préjudice subi par elles ». La formule désignant directement les particuliers comme créanciers de la réparation est inédite, et bien qu'il se soit simplement agi d'une procédure consultative, elle tend vers une reconnaissance d'un droit à réparation. Voy. en ce sens P. D'ARGENT, « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », *AFDI*, vol. 51, 2005, p. 44.

obligeant ainsi à multiplier les réclamations étatiques. Sans *lex specialis*, c'est-à-dire *in fine* sans convention permettant l'aménagement des procédures, le principe aurait ainsi pu se trouver incertain dans sa mise en œuvre²⁸²².

640. Des mesures susceptibles de remettre en cause le principe de la responsabilité. Une première difficulté aurait alors été d'arriver à concevoir un régime unique compte tenu du postulat selon lequel la responsabilité aurait pu (-dû) être limitée dans son montant suivant l'exemple des conventions de responsabilité civile nucléaire, et ce quand bien même la responsabilité aurait été assumée par l'État²⁸²³. On peut comprendre cette limite, quoiqu'elle aurait pu être relativisée. Limiter la réparation n'impose pas nécessairement d'en limiter le *quantum*, et n'est donc pas toujours un obstacle à l'uniformité²⁸²⁴. Quoiqu'il en soit, et autant qu'on ait pu admettre l'apport d'un principe coutumier visant à reconnaître l'existence d'une dualité de fondement en droit international et l'existence nouvelle d'une responsabilité *même sans illicéité* (« *from the law of torts to a law of tort* »²⁸²⁵), l'absence de mécanisme globalisé permettant l'organisation de la mise en œuvre de la responsabilité en résultant vis-à-vis des individus aurait très plausiblement obligé à la conclusion d'un accord ; cela même dans l'hypothèse dans laquelle la responsabilité ne pourrait être admise que de manière subsidiaire²⁸²⁶. Or si tant est que celui-ci ne puisse avoir été une convention préalable, générale et universelle, la conclusion d'accord *ad hoc ex ante* la réalisation d'un risque, et surtout *ex post*, aurait été l'occasion par laquelle les États auraient pu remettre en cause la validité, ou même l'existence de ce principe, et ce en raison du principe d'équivalence des sources et de l'absence d'une véritable hiérarchie des normes²⁸²⁷. Somme toute, devait-on donc

« penser que l'intervention d'un accord, toujours nécessaire pour l'application de la responsabilité internationale objective, n'est sans doute pas indispensable à la création de ce principe en droit international public [mais] cette coutume serait toujours dépendante du bon vouloir des États, capables, en refusant d'en négocier les modalités d'application, de ruiner son effectivité »²⁸²⁸.

Et si, par derrière le régime de responsabilité civile nucléaire, les instruments de droit international privé destiné à réceptionner les dommages causés par les activités à risque témoigne *in fine* de cette

²⁸²² Voy. P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., p. 210 soulignant ainsi : « comment espérer, d'une façon générale, que l'accord se réalise tacitement à propos de l'ensemble des activités hasardeuses là où il n'a pas été atteint dans le domaine pourtant restreint du droit spatial ? ». Dans le même sens M. POLITI, "International and civil Liability for nuclear damage : some recent developments of State Practice", op. cit., p. 334.

²⁸²³ Voy. P-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., p. 210 ; R.J.E. GOLDIE, "Liability for Damage and the Progressive Development of International Law", op. cit., p. 1249 et C-W JENKS, "Liability for ultra-hazardous activities in International Law", op. cit., pp. 184 et ss.

²⁸²⁴ Voy. pour exemple la limitation des dommages réparables dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire (Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §1) et sur ce point *infra* Chapitre 2, Section 2.

²⁸²⁵ C-W JENKS, "Liability for ultra-hazardous activities in International Law", op. cit., p. 177.

²⁸²⁶ Voy. en ce sens G. HANDL, "State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons", op. cit., p. 563.

²⁸²⁷ Il existe effectivement une équivalence des sources en droit international si bien qu'un accord conventionnel n'a pas plus de valeur qu'une coutume établie, et que l'un et l'autre peuvent se déroger mutuellement. On a d'ailleurs pu en apercevoir le principe dans la première partie de cette étude. Pour une application, voy. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 26 novembre 1984, p. 424, § 73. De plus, il n'existe aucune hiérarchie des normes sauf dans l'hypothèses d'une norme de *jus cogens* auquel un traité ne peut déroger : voy. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 53. Cependant, il y a fort à douter que le droit à réparation en cas d'activité à risque revête une telle particularité, ce qui est confirmé par l'arrêt CIJ, *Immunités juridictionnelles (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, 3 février 2012, *Rec. CIJ*, p. 141, § 96 : «. [u]ne décision tendant à reconnaître l'immunité à un État n'entre donc pas davantage en conflit avec l'obligation de réparation qu'avec la règle interdisant le fait illicite à l'origine [...] il est difficile d'apercevoir en droit international une règle imposant une indemnisation complète pour chacune des victimes, dont la communauté internationale des États dans son ensemble s'accorderait à estimer qu'elle ne peut souffrir aucune dérogation ».

²⁸²⁸ P- M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, op. cit., p. 213.

nécessité d'organiser les procédures adéquates²⁸²⁹, tel devait encore être le constat des travaux de la Commission du droit international.

641. Conclusion intermédiaire. Le propos tenu jusqu'alors avait principalement pour but de montrer les difficultés pratiques et théoriques que soulevaient au préalable l'instauration d'une responsabilité *même sans illicéité* en droit international. Parce que le droit international n'a pas évolué, l'ensemble des considérations évoquées ci-devant, sont encore valables aujourd'hui. Aussi, cette démonstration pourrait suffire à justifier, sinon l'apport d'une règle de droit civil, à tout le moins le fait d'avoir inscrit l'étude au sein de ce droit. Mais en réalité, l'apport que présenterait une règle de responsabilité civile du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion est plus subtil que cela. Il tient en effet au résultat auquel est parvenu la Commission du droit international, lorsque, saisie de la question, elle devait entreprendre sa quête d'une responsabilité étatique pour les activités que le droit international n'interdit pas.

B. Le traitement de la responsabilité *même sans illicéité* du fait des activités à risque

642. Le contexte de la saisie de la Commission du droit international. C'est en partie par un concours de circonstances que la Commission du droit international s'est saisie de la question nous occupant. Lors des travaux de codification portant sur la responsabilité internationale pour fait illicite, le rapporteur spécial Roberto AGO avait en effet souligné qu'il se bornerait à traiter des conséquences des faits internationalement illicites, sans préjuger en rien de l'établissement ou du contenu d'un régime distinct ayant trait à la responsabilité internationale pour fait licite²⁸³⁰. La Commission s'était alors rangée à cette opinion. Pour cette dernière, « le fondement entièrement distinct de la responsabilité pour risque, de la nature différente des règles qui la prévoient, et en raison aussi de son contenu et des formes qu'elle peut prendre, un examen des deux sujets ne pourraient que rendre plus difficile la compréhension de l'un ou de l'autre »²⁸³¹. Elle considérait ainsi que l'étude pouvait certainement être entreprise, fonction faite de son opportunité, à l'occasion de travaux postérieurs²⁸³². Au vu de la tendance décrite ci-devant et du développement rapide de la technologie moderne, cet appel n'est pas resté sans réponse et la Commission s'est vue rapidement invitée par l'Assemblée générale des Nations Unies à procéder à cet examen²⁸³³. En 1978, l'étude de la responsabilité pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international était ainsi inscrite au programme de la Commission et un premier rapporteur spécial, en la personne de Robert QUENTIN-BAXTER, était nommé. Il s'en est suivi alors pas loin d'une trentaine d'années et la succession de trois rapporteurs spéciaux pour que, non pas un projet, mais deux projets d'articles aboutissent : l'un portant sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités

²⁸²⁹ Qu'ils instaurent de bout en bout un régime spécial comme tel est le cas du régime de responsabilité civile nucléaire ou qu'ils se contentent de régler les règles de compétence et de droit applicable aux litiges s'élevant entre des personnes privées.

²⁸³⁰ Voy. CDI, « Compte-rendu analytiques de la vingt-cinquième session », *ACDI*, 1973, vol. I, pp. 14-15, §§ 1-5.

²⁸³¹ CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-cinquième session », *ACDI*, 1973, vol. II, p. 171, § 38.

²⁸³² *Ibid.*, § 39.

²⁸³³ AGNU, *Résolution du 19 décembre 1977*, A/RES/3251 ; CDI, « Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1978, vol. II (2).

dangereuses²⁸³⁴ et l'autre portant sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses²⁸³⁵. Cette division de la matière ne devait alors qu'être l'expression des difficultés auxquelles se sont heurtés les membres de la Commission aux fins de traiter le sujet qui leur avait été soumis.

643. Plan. L'étude qui suivra aura ainsi pour objectif d'identifier l'évolution du travail de la Commission qui partant de l'objectif d'établir une responsabilité internationale *même sans illicéité* du fait des activités à risque (1.) devait aboutir à reconnaître la nécessité pour les États d'établir des règles de responsabilité *même sans faute* visant les exploitants d'activités à risque et confortant ainsi l'apport d'une règle de responsabilité à vocation générale pouvant organiser la réparation des dommages susceptibles de résulter de la réalisation du risque nucléaire de fusion (2.).

1. La « quête »²⁸³⁶ vaine d'une responsabilité même sans illicéité de l'État

644. L'impossibilité *ab initio* d'une (véritable) règle de responsabilité même sans illicéité. À l'aube de ses travaux, la Commission avait admis que les activités modernes présentaient un risque intrinsèque susceptible de mettre à l'épreuve les règles qui devaient classiquement régir les relations de bon voisinage entre les États²⁸³⁷. Pour autant, elle était également consciente que l'établissement d'une responsabilité étatique *même sans illicéité* dans ce domaine ne saurait constituer la codification d'une pratique bien établie et que « toute tentative d'en généraliser l'application se heurterait à une résistance contre ce qui serait considéré comme une atteinte injustifiée à la liberté d'action des États »²⁸³⁸. En effet, il était une certaine méfiance envers le mécanisme de la responsabilité *même sans illicéité* qui, comme « l'énergie atomique », aurait constitué « un bon serviteur, mais un mauvais maître »²⁸³⁹. Cantonné à des situations exceptionnelles et utilisé pour de seules raisons pragmatiques, le mécanisme aurait été insusceptible de contenir en lui-même « ses propres limites »²⁸⁴⁰. Tout l'enjeu résidait donc dans la conciliation entre la liberté d'action des États et le traitement de la « crainte justifiée qu'un usage indiscipliné de la puissance industrielle n'entraîne la perte de l'humanité »²⁸⁴¹. Pour cela Robert QUENTIN-BAXTER a rapidement compris l'intérêt qu'il y aurait à

²⁸³⁴ CDI, « Projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *ACDI*, 2001, vol. II(2).

²⁸³⁵ CDI, « Projets d'articles sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *ACDI*, 2006, vol. II(2).

²⁸³⁶ G. CAUBET, « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *op. cit.*

²⁸³⁷ CDI, « Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *op. cit.*, p. 168, § 20.

²⁸³⁸ CDI, « Troisième rapport de Robert Quentin-Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1982, vol. II(1), p. 63, § 7 rappelant ainsi une opinion déjà exprimée par le juge IGNACIO-PINTO dans l'affaire des CIJ, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, ordonnance, 22 juin 1973, *Rec. CIJ*, p. 132 : « adopter la thèse de la demande de l'Australie [qui plaidait en faveur d'une responsabilité absolue] nous amènerait à une nouvelle conception en droit international qui consisterait à interdire aux États dans le cadre de leur souveraineté territoriale de toute activité créatrice de risque ; mais cela aboutirait à l'octroi du droit à tout État d'intervenir à titre préventif dans les affaires des autres États ».

²⁸³⁹ CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1983, vol. II(1), p. 210, § 4.

²⁸⁴⁰ CDI, « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *op. cit.*, p. 110, § 11 lequel relevait ainsi que la doctrine relative à ce principe constituait « une vague qui se brise et se disperse sur l'écueil de la responsabilité "objective", "purement causale", "absolue" ou "sans faute" ou encore dite "responsabilité pour risque" ».

²⁸⁴¹ CDI, « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, vol. II(1), p. 246, § 9.

travailler suivant une nouvelle approche. Explicitant une dichotomie introduite par Nikolai OUCHAKOV²⁸⁴², le sujet devait alors être envisagé non pas comme un « produit de règles secondaires »²⁸⁴³, mais comme « un catalyseur dans le domaine de règle primaire »²⁸⁴⁴ permettant d'encadrer la poursuite d'activités non interdites par le droit international. La seule violation de cette règle primaire emporterait alors une responsabilité internationale à proprement dite. Le chemin n'était cependant qu'à moitié parcouru. Il s'est révélé particulièrement escarpé. Au souvenir de l'intuition de John KELSON et Pierre-Marie DUPUY, parmi toutes les difficultés suscitées par l'établissement d'un tel projet, cette vision des choses a en effet participé à occulter la différence entre les obligations de prévention incombant aux États et celles en vertu desquelles l'État se retrouverait à compenser les pertes ainsi subies.

645. Plan. Alors que l'obligation de compensation a été initialement envisagée comme partie intégrante d'une obligation de diligence requise en matière d'activité à risque (a.), l'importance de l'autonomie des obligations de prévention a été mise en exergue, convoquant la difficulté de la coexistence au sein d'un même travail d'une obligation de prévenir et de compenser (b.).

a. Le continuum prévention-réparation : vecteur d'une réparation négociée

646. Plan. Initiée par Robert QUENTIN-BAXTER et son « ébauche de plan » (i.), c'est sous l'égide du second rapporteur que le principe d'un continuum prévention-réparation a connu ses premières limites (ii.).

i. Les justifications initiales du *continuum* prévention-réparation

647. Une obligation de réparation reliée au devoir de diligence. Comme évoqué quelques lignes plus haut, le premier rapporteur spécial avait très tôt ambitionné de traiter le sujet par le prisme des obligations primaires. Reconnaisant que le désir scrupuleux de la Commission du droit international de ne pas avoir préjugé de l'existence d'une responsabilité *même sans illicéité* aurait pu créer l'impression (« erronée »²⁸⁴⁵) qu'un tel régime ait pu exister indépendamment de la responsabilité pour fait illicite, Robert QUENTIN-BAXTER a tenu très rapidement à clarifier l'absence d'opposition et même la complémentarité des deux projets. Pour ce dernier, si l'opinion dominante attestait effectivement qu'il eut été injuste de laisser une victime innocente sans indemnisation²⁸⁴⁶, l'obligation de compensation en résultant ne pouvait toutefois être que le résultat d'une obligation primaire dont le respect aurait eu pour unique effet d'éviter de tomber dans l'illicéité. Tel aurait été le moyen de conserver une application « orthodoxe » de la responsabilité internationale²⁸⁴⁷. Pour appuyer cet argument, le rapporteur relevait que les activités à risque avaient, en fait, conféré à la norme de

²⁸⁴² « Il existe deux catégories de dédommagements : le dédommagement en tant que conséquences de la responsabilité internationale et le dédommagement en tant que conséquence d'une règle primaire » : CDI, « Compte rendus analytiques de la vingt-neuvième session », *ACDI*, 1977, vol. I, p. 280, § 14 et invitait déjà à cette idée : *ACDI*, 1973, vol. I, p. 15, § 4 distinguant ainsi la responsabilité de la garantie

²⁸⁴³ CDI, « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 250, § 25.

²⁸⁴⁴ CDI, « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 112, § 17.

²⁸⁴⁵ CDI, « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 249, § 20.

²⁸⁴⁶ Voy. CDI, « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 252, 254 §§ 30, 37.

²⁸⁴⁷ CDI, « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 111, § 15.

diligence due une dimension nouvelle. Le régime de responsabilité institué dans le cadre spatial comme le régime de responsabilité civile nucléaire n'auraient en effet été que l'expression du standard de diligence que les rédacteurs des conventions avaient jugé raisonnable dans le cadre de ces activités. Ce standard deviendrait simplement plus rigoureux à mesure que croît le danger inhérent à l'entreprise, jusqu'à ainsi englober une obligation d'indemniser ou d'organiser l'indemnisation des victimes des événements que les États n'auraient pas pu prévenir²⁸⁴⁸. L'obligation de compenser le dommage subi n'aurait ainsi été qu'un moyen pour les États de ne pas s'exposer à l'illicéité dans le cadre d'une situation donnée : l'exposition de tiers innocents à un risque incompressible²⁸⁴⁹. Dès lors, la question de la responsabilité ne pouvait pas se régler dans l'identification précise et universelle d'un point de rencontre entre l'illicéité et le dommage causé par une activité à risque²⁸⁵⁰. Résidant dans la conciliation d'intérêt concurrent mis en exergue par la règle *sic utere* et le principe 21 de la *Déclaration de Stockholm*²⁸⁵¹, l'illicéité aurait été conditionnée par l'équilibre des intérêts en présence²⁸⁵². En résumé, le rapporteur admettait ces règles fondées sur le principe selon lequel aucun État n'était fondé à restreindre la liberté d'action d'un autre État. Mais il était, selon lui, une obligation corrélatrice de prendre en compte les intérêts de ses voisins²⁸⁵³. Tel était le *leitmotiv* de l'obligation générale de l'État de ne pas permettre que des activités menées sur son territoire causent des dommages transfrontières importants. Toutefois, et comme en témoigne la démarche du tribunal arbitral dans l'affaire de la *Fonderie du Trail*, cette obligation générale aurait appelé des obligations complémentaires pour qu'elle puisse être exécutée suivant l'exigence d'équilibre entre les intérêts en présence et que les États « acquièrent une liberté supplémentaire d'agir licitement »²⁸⁵⁴. Le point d'intersection entre l'illicéité et le dommage – et même entre l'illicéité et la poursuite de l'activité – aurait alors été susceptible de varier suivant les conditions dans lesquelles une activité bénéfique, mais potentiellement préjudiciable, était poursuivie²⁸⁵⁵. Lorsqu'il existait une lacune (connue) entre le risque présenté par l'activité et les mesures prises pour prévenir la réalisation de ce dernier, ces obligations préventives

²⁸⁴⁸ CDI, « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 250-251, §§ 26-29 ; « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 126, 129, §§ 71, 91 ; CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 222, § 40. Ainsi le Rapporteur s'était largement inspiré de la dynamique existante en droit des étrangers s'inscrivant dans cette logique : M. SORENSEN, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 101, 1960, pp. 177 et ss.

²⁸⁴⁹ CDI, « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 252, § 31 : « [t]antôt les dispositions prises comprennent l'établissement d'un régime de responsabilité, tantôt il est précisé que ces dispositions [préventives] ne règlent pas la question de la responsabilité. Même dans le premier cas, il est bien rare qu'un effort soit fait pour identifier une règle de droit coutumier : les États, pour s'acquitter de leur obligation de diligence et ne pas s'exposer à être taxés de conduite illicite, définissent et appliquent les règles *convenant à une situation donnée* ».

²⁸⁵⁰ Sa position se schématisait ainsi. 1/ La seule survenance d'un dommage (dont l'appréciation était somme toute relative) ne pouvait suffire à constater l'illicéité au risque d'entraver trop grandement le progrès : CDI, « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 254, 259, §§ 38, 56 ; « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 118-119, p. 122, §§ 43-44. 2/Quant à la vision conduisant à considérer qu'un dommage ne serait illicite qu'à raison d'un manquement à une obligation de comportement, elle était d'une trop grande sévérité vis-à-vis des victimes et appelait alors à recourir à des mécanismes supplémentaires « pour régler les cas dans lesquels le préjudice est intolérable et la question de la diligence voulue impossible à résoudre » : CDI, « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 119, §§ 46-47. 2/ Partant le défaut de développement du droit en ce qui concerne les obligations auxquelles donnent naissance les actes ou omissions qui ne sont pas interdits conduisait inévitablement les États à chercher à développer davantage les règles générales d'interdiction pure et simple. Or, c'était là une démarche régressive, qui revenait à s'imposer mutuellement des restrictions au lieu de trouver des accommodements : CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 218, § 29 faisant ainsi écho avec la position du Canada vis-à-vis de la chute du satellite Cosmos 954 évoqué *supra* note 2675.

²⁸⁵¹ Sur l'analyse de cette évolution, voy. CDI, « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 255 et ss, §§ 42 et ss.

²⁸⁵² CDI, « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 121, sp. §§ 54-55 ; CDI, « Troisième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 64 et ss, §§ 13 et ss.

²⁸⁵³ CDI, « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 122, § 61. Rapprochez L.F.E GOLDIE, "Liability for Damage and the Progressive Development of International Law", *op. cit.*, p. 1192.

²⁸⁵⁴ CDI, « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 124, § 66

²⁸⁵⁵ Voy. CDI, « Troisième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 65, 71, §§ 15, 37.

devaient se prolonger d'une obligation de réparation²⁸⁵⁶. Celle-ci n'aurait donc pas été plus qu'une autre forme de prévention.

648. Une obligation de réparation limitée à un « devoir de négociation »²⁸⁵⁷. Suivant cette analyse du droit international et dans le respect du mandat de la Commission de codifier et développer *progressivement* ce dernier²⁸⁵⁸, le rapporteur a donc posé comme objectif premier de favoriser l'établissement de « régimes juridiques qui, sans recourir à l'interdiction [régleraient] l'exercice de toute activité perçue comme comportant des dangers importants, actuels ou éventuels, et ayant des effets transnationaux »²⁸⁵⁹. Pour ce faire, il ambitionnait à la reconnaissance d'un certain nombre de principes poursuivant une double fonction. D'une part, le rapporteur souhaitait établir des principes d'application subsidiaire destinés à guider les États vers la conclusion d'accords visant à régler des activités particulières présentant un risque « physique »²⁸⁶⁰ de dommages transfrontières²⁸⁶¹. D'autre part, il souhaitait établir des règles supplétives régissant l'indemnisation des dommages causés par la réalisation des risques « prévisibles »²⁸⁶² qui ne seraient pas entièrement couverts par un régime existant²⁸⁶³ ; et cela sans qu'il soit nécessaire d'en apprécier ou d'en contester la licéité ou l'illicéité²⁸⁶⁴. Sans reconnaître *stricto sensu* l'existence d'une responsabilité *même sans illicéité*, le but était d'en encourager l'émergence en offrant une méthode de règlement qui soit raisonnable et équitable et surtout qui n'effraie pas les États.

Dès son troisième rapport, il proposait ainsi une ébauche de plan visant à établir un *continuum* prévention-réparation ou *compound obligation*. Le but de cette obligation était alors relativement simple. Lorsqu'un État laissait s'entreprendre sur son territoire ou sous son contrôle une activité causant ou étant susceptible de causer des dommages à des personnes ou des choses se trouvant sur le territoire ou sous le contrôle d'un autre État, il était tributaire d'une obligation de prendre des mesures unilatérales mais également de certaines obligations procédurales de prévention envers le

²⁸⁵⁶ Voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-troisième session », *ACDI*, 1981, vol. II(2), p. 149, §§ 76-77 ; « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 260-261, et ss, § 60 et ss ; « Deuxième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 117, § 40 ; CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 211-212, § 8. Sur le risque connu, voy. *ibid.*, p. 70, § 29 : « à ce sujet, il importe de rappeler que, même si la survenance d'un accident donné est, par définition, imprévisible, le risque de perte ou de dommage associé à une activité déterminée peut généralement être prévu : le risque de dommage causé par les objets spatiaux est un bon exemple. Dès lors, les accidents imprévus qui nous préoccupent ici sont peu nombreux et, à vrai dire, exceptionnels — si exceptionnels qu'ils semblent presque des phénomènes aberrants ».

²⁸⁵⁷ G. HANDL, "Liability as an obligation established by a primary rule of international law: Some basic reflections on the International Law Commission's work", *NYIL*, vol. 16, 1985, p. 72.

²⁸⁵⁸ Voy. CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 221-222, § 39.

²⁸⁵⁹ Voy. CDI, « Premier rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 246, § 9.

²⁸⁶⁰ D'ores et déjà, il faut préciser que le but des travaux de la Commission a effectivement toujours été de s'intéresser aux conséquences transfrontières physiques (par exclusion des effets des activités économiques) : voy. CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, pp. 213-215, §§ 14-17 ; CDI, « Cinquième rapport de Robert Quentin-Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1984, vol. II(2), pp. 167 et ss, §§ 17 et ss et sp. CDI, « Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1987, vol. II(2), p. 54, § 37.

²⁸⁶¹ Voy. CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, § 32 ; « Cinquième rapport de Robert Quentin-Baxter sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *op. cit.*, p. 177, § 39 et ss

²⁸⁶² Dans la mesure du possible, le projet visait, comme vu *supra*, les risques prévisibles, sans toutefois exclure les situations imprévisibles : voy. CDI, « Troisième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 70, § 29 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-quatrième session », *ACDI*, 1982, vol. II(2), p. 91, § 125

²⁸⁶³ Voy. « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-quatrième session », *op. cit.*, p. 89, § 114 et dans le même sens *ACDI*, 1980, vol. II(2), p. 156, § 137 et *ACDI*, 1981, vol. II (2), pp. 148-149, §§172-173

²⁸⁶⁴ Voy. CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 216, 222, § 22-23, 41

second²⁸⁶⁵. Partant, les États étaient invités à négocier un régime juridique pour l'activité²⁸⁶⁶. Si des dommages survenaient sans qu'un accord préalable ait été établi, les États devaient négocier la compensation à accorder en prenant en compte divers facteurs permettant d'établir la balance des intérêts²⁸⁶⁷ – sauf si un tel octroi s'avérait contraire à leurs *anticipations communes*²⁸⁶⁸. La différence entre ces différentes étapes tenait simplement dans les conséquences à attacher au refus ou à l'échec des négociations. Au stade de la négociation *ex ante*, la violation des obligations « envers la création du régime »²⁸⁶⁹ n'ouvrait aucun droit d'action²⁸⁷⁰. En revanche, le manquement à l'obligation « envers la réparation du dommage » constituait la rupture ultime susceptible de faire glisser l'État d'origine dans l'illicéité. La situation aurait alors été soumise à un règlement des différends à même de prendre en considération un ensemble de facteurs allant de l'utilité de l'activité à la conduite préventive de l'État « assumant » l'activité²⁸⁷¹. Somme toute, il s'agissait donc bien de poser une règle primaire composite permettant d'apaiser la crainte d'une responsabilité absolue : « une obligation qui ne fait naître la responsabilité pour un acte ou une omission illicite que lorsque l'État en cause a épuisé toutes les possibilités de s'acquitter de ses engagements de manière licite »²⁸⁷². Autorisant à s'abstraire de toutes les difficultés relatives aux conditions de la responsabilité internationale, cette proposition a globalement emporté la conviction de la Commission²⁸⁷³. Toutefois, des doutes ont subsisté sur le *continuum* prévention/réparation. Outre ceux pour qui le sujet n'aurait pas eu vocation à contenir quelconque obligation de prévention²⁸⁷⁴, c'est l'absence de conséquences directes du non-respect des prescriptions préventives posées par le projet qui a questionné²⁸⁷⁵. Si cela nous intéresse particulièrement, c'est qu'il nous paraît avoir été l'un des points de rupture entre la proposition du premier rapporteur spécial et celles de ses successeurs.

²⁸⁶⁵ L'État victime bénéficiait ainsi du droit de se faire communiquer par le premier toutes les informations pertinentes disponibles et exiger qu'une enquête soit entreprise : CDI, « Troisième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, section 2 de l'ébauche de plan.

²⁸⁶⁶ L'ébauche de plan prévoyait une liste d'éléments à suivre pour établir les mesures de prévention à mettre en œuvre et/ou les mesures et les modalités de réparations applicables si des dommages ne pouvaient être évités (par exemple l'établissement d'un régime de responsabilité objective de droit civil) : CDI, « Troisième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, Section 3, 6, et 7 de l'ébauche de plan.

²⁸⁶⁷ Tous les éléments susceptibles de servir de guide dans la négociation d'un accord *ex ante* auraient ainsi pu être pris en compte aux fins de la négociation *ex post* de cette compensation : la conduite préventive et coopératrice tenue par les États et l'ensemble des facteurs permettant d'établir la balance des intérêts – *utilité de l'activité, gravité des dommages, nature du contrôle exercé par l'État sur l'activité, etc.* : voy. CDI, « Troisième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, section 4 de l'ébauche de plan.

²⁸⁶⁸ Les anticipations communes étaient les anticipations exprimées par une correspondance éventuelle entre les États ou pouvant être déduites des normes communes aux États ou de leur comportement : voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-quatrième session », *op. cit.*, p. 90, § 119 et « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1982, vol. ii (1), p. 154, § 22 : « l'intention semble avoir été ici de recourir à un fonds de valeurs communes, que ce soit aux deux parties, à une région ou enfin à l'ensemble de la communauté internationale. En faisant intervenir la notion d'anticipation commune, on semble avoir cherché à faire reposer la réparation sur une base plus ou moins coutumière, ou quasi coutumière ».

²⁸⁶⁹ CDI, « Deuxième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, p. 151, §19.

²⁸⁷⁰ CDI, « Troisième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 70, §§ 30-33.

²⁸⁷¹ La situation aurait alors été soumise à un règlement des différends, lequel aurait été à même de prendre en considération l'ensemble des facteurs : *Ibid.*, section 8 de l'ébauche de plan.

²⁸⁷² CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-cinquième session » *ACDI*, 1983, vol. II, p. 90, § 302.

²⁸⁷³ Ce n'est pas dire qu'il n'y a pas eu quelques réticences ou quelques questionnements de la part de certains États notamment eu égard au critère du « territoire » ou « contrôle » qui a pu susciter l'inquiétude à l'égard des activités exportables ou exportées et susceptibles de créer des dommages en se trouvant sur le territoire d'autres États : voy. CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 214 § 18, note 43 ; CDI, « Cinquième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 166, § 15). De même, des doutes ont été exprimés quant à la souplesse de la proposition par rapport à l'objectif initial du projet d'établir une responsabilité objective : voy. CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. 226, § 51 et rapprochez G. HANDL, « International liability of State for marine pollution », *op. cit.*, pp. 100 et ss.

²⁸⁷⁴ Voy. CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », *op. cit.*, p. §§ 46 et ss.

²⁸⁷⁵ CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-sixième session », *ACDI*, 1984, vol. II(1), p. 78, § 231 ; CDI, « Comptes rendus analytiques sur les travaux de sa trente-sixième session », *ACDI*, 1984, vol. I, p. 208, § 30, p. 233, § 46.

ii. Un durcissement du *continuum* prévention-réparation

649. L'émergence du doute. Par suite du décès du premier Rapporteur, la direction des travaux de la Commission fut reprise par Julio BARBOZA. Bien plus attaché à la théorie du risque que son prédécesseur, une grande partie de ses travaux a ainsi été consacrée tant à l'identification des activités visées par le sujet qu'aux conditions dans lesquelles l'établissement d'une telle activité sous la juridiction d'un État pouvait raisonnablement justifier la responsabilité de ce dernier²⁸⁷⁶. Cela étant, le rapporteur admettait que l'obligation de réparation puisse ne pas y avoir la même portée que dans le cadre de la responsabilité pour fait illicite. Si le dommage ne devait pas incomber *exclusivement* à la victime innocente, la réparation pouvait néanmoins être réduite à son coût réel sous l'influence de certains facteurs. Parce que le dommage aurait constitué une rupture de l'équilibre entre les États, le montant de l'indemnisation devait donc être calculé de façon à rétablir cet équilibre, et ainsi prendre en compte, parmi d'autres facteurs, les charges considérables que la prévention pouvait faire supporter aux États « pionniers » d'un progrès technologique bénéfique à tous²⁸⁷⁷. En revanche, dès le début de ses travaux, le rapporteur avait émis des réserves sur le fait que le respect des obligations de prévention contenues dans l'ébauche de plan n'ait pu emporter de droit d'action en dehors de tout dommage²⁸⁷⁸. Quant à l'obligation pour l'État d'origine de prendre des mesures unilatérales de prévention, elles étaient également questionnables. Bien que le constat de sa violation eût été dépendant de la réalisation d'un dommage, l'appréciation du comportement diligent de l'État invitait néanmoins à réintroduire un élément d'illicéité dans un régime, par principe, dénué d'illicéité²⁸⁷⁹. La question de la place à accorder à ces obligations de prévention a donc constitué l'un des éléments les plus problématiques de son entreprise. Les membres étaient en effet partagés entre la volonté de renforcer la normativité des normes de prévention (« *mieux vaut prévenir que guérir* »), et réciproquement la crainte que le non-respect des obligations procédurales puisse se transformer en un *veto* à la poursuite de certaines activités, ou qu'on ne sache plus distinguer entre les deux systèmes de responsabilités au sein du sujet²⁸⁸⁰. En l'absence de consensus sur ce sujet, c'est donc en conservant le lien entre les obligations de prévention que le rapporteur avait, lors de son sixième rapport, proposé un premier projet visant à conférer une influence de ces dernières sans pour autant les autonomiser.

²⁸⁷⁶ Pour ce dernier, en effet, prendre le dommage comme référentiel de l'obligation de réparation, sans passer par le risque, aurait supposer une solidarité qui n'existait pas dans le droit international. L'intérêt de recourir à la notion de risque permettait ainsi de justifier que celui qui créer un risque en exerçant une activité devait assumer certaines obligations : l'obligation de réparation n'apparaissait pas seulement parce qu'un dommage avait été causé, mais parce que l'on pouvait prévoir dans une certaine mesure et de façon général que ce dommage allait se produire. Si cette idée ressort principalement de cinq premiers rapports, on la retrouve également *in* J. BARBOZA, « La responsabilité "causale" à la Commission du droit international », *AFDI*, vol. 34, 1988, pp. 513-522.

²⁸⁷⁷ Voy. sp. CDI, « Quatrième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1988, vol. II(1), p. 268, § 113 ; « Cinquième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1989, vol. II(1), p. 156, § 69 et ss et CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-neuvième session », *ACDI*, 1987, vol. II(1), p. 41, § 127.

²⁸⁷⁸ Voy. CDI, « Deuxième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, pp. 165-166, §§ 66-67.

²⁸⁷⁹ Voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session », *ACDI*, 1989, vol. II(2), p. 102, § 373

²⁸⁸⁰ Voy. CDI, « Quatrième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, pp. 267-268, §§ 103-111 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-neuvième session », *op. cit.*, p. 48, § 175 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarantième session », *ACDI*, 1988, vol. II(2), p. 21, § 92 et « Septième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1991, vol. II(1), p. 87, §§ 36-37.

650. Un continuum autorisant une influence réduite des mesures de prévention. Construit autour de cinq principes (*la liberté d'action, la coopération, la prévention, la réparation et la non-discrimination*), ce projet suivait peu ou prou la logique de l'ébauche de plan. Les États étaient invités à coopérer à l'établissement d'un régime, l'État d'origine était, en toute hypothèse, tenu à des mesures unilatérales de prévention convoquant une *due diligence*. Arrivé à ce stade, le projet se distinguait toutefois de l'ébauche de plan de Baxter. Si la réparation du dommage transfrontière devait faire l'objet de négociations aux fins d'atténuer la sévérité de l'obligation de réparation, le but de la négociation n'était pas de remettre en cause son existence que d'en déterminer le montant. Par principe, la réparation devait être intégrale et ce n'est que sous l'influence de certains facteurs – tels que le coût des mesures de prévention ou encore le bénéfice retiré de l'activité par l'État affecté – qu'elle pouvait être réduite²⁸⁸¹. C'est là également qu'entrait en jeu le respect des « obligations » procédurales de prévention. Hormis le cas où les États auraient pu fonder leurs revendications sur des obligations prévues dans d'autres conventions internationales, l'article 18 du projet prévoyait que leur non-respect empêchait l'État d'origine de se prévaloir de toute réduction. Enfin, le projet prévoyait des dispositions concernant la responsabilité civile, mais seulement à titre de sauvegarde²⁸⁸².

De prime abord, le rapporteur spécial n'était effectivement pas convaincu de l'intérêt de promouvoir le recours à cette responsabilité. Interrogé à ce sujet par certains membres de la Commission lui ayant opposé la pratique constatée *supra* visant à reporter sur les exploitants le poids de la réparation, le rapporteur considérait que les recours de droit privé s'avéraient insuffisants à assurer une indemnisation prompte et efficace aux victimes. De plus, encourager les recours de droit civil aurait fait perdre l'avantage d'inciter les États à la prévention²⁸⁸³. L'introduction de règles relatives à la responsabilité civile dans le projet devait ainsi poursuivre un objectif subsidiaire. D'un côté, elle devait servir, selon un mécanisme rappelant le régime spatial, à organiser l'articulation entre les réclamations diplomatiques et la voie procédurale. D'un autre côté, cette fois au souvenir du régime de responsabilité civile nucléaire, elle devait permettre une harmonisation minimum des règles applicables aux réclamations des victimes ou de l'État affecté, qui aurait fait le choix de la voie civile²⁸⁸⁴. Cependant, ces articles ne préjugeaient en aucun cas du débiteur de la responsabilité selon le droit interne si bien que celle de l'État d'origine comme celle d'un éventuel exploitant y était envisagée. Cela paraissait logique en raison du fait que le sujet à l'étude visait l'établissement de règles primaires concernant la responsabilité étatique, qui ne devait pas préjuger du recours aux voies de droits internes²⁸⁸⁵. Force est cependant de constater qu'après la présentation du sujet, le discours semblait avoir changé.

²⁸⁸¹ Ainsi, des mots du rapporteur spécial, le principe de réparation intégrale constituait ainsi « une unité de mesure dont on [aurait] défalqué les montants jugés correspondre aux intérêts de l'État d'origine qui, avant le dommage, n'étaient pas contre balancés par des prestations de l'État affecté » : CDI, « Sixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1990, vol. II(1), p. 100 § 44.

²⁸⁸² Voy. CDI, « Sixième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, dans sa globalité.

²⁸⁸³ Voy. « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-neuvième session », *op. cit.*, p. 49, §§ 180-182.

²⁸⁸⁴ Dans les grandes lignes ces articles prévoyaient, d'une part, la non-nécessité d'épuiser les voies internes pour se prévaloir de la réparation au titre du projet, et, d'autre part certaines règles minimales relatives au droit de recours, à la prescription, à l'immunité de juridiction ou encore aux causes excluant la responsabilité : CDI, « Sixième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, pp. 89 et ss, §§ 62 et ss.

²⁸⁸⁵ Voy. sp. CDI, « Septième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, p. 89, § 62.

651. L'appel à un renforcement des obligations de prévention. S'il s'est opéré une rupture de la pensée par suite de la présentation de ce projet, il est difficile d'en identifier les raisons véritables. Certainement, l'orientation des travaux sur la question de la responsabilité des exploitants constituait une demande des membres de la Commission du droit international. Nous l'avons évoqué quelques lignes plus haut, certains avaient relativement tôt évoqué la question des rapports du projet avec la responsabilité civile²⁸⁸⁶. Il n'est donc pas étonnant que la question ait été remise sur la table tant le principe de la responsabilité *même sans illicéité* avait pu faire l'objet de contestation plus ou moins vive de la part de certains membres de la Commission²⁸⁸⁷. On pourrait seulement s'étonner du temps qu'il a fallu pour que cet argument vienne influencer l'orientation des travaux subséquents²⁸⁸⁸. Il semble néanmoins qu'il puisse trouver plusieurs explications autres que celles d'avoir été un résultat inévitable de la présentation du rapporteur d'un projet intégral et de l'opposition qu'il a suscité auprès des États peu prêts à reconnaître une telle responsabilité²⁸⁸⁹. D'abord, ce report de la responsabilité sur les exploitants a constitué un argument en faveur des États en développement dont la situation, dès l'aube des travaux de la Commission, avait constitué une problématique latente²⁸⁹⁰. Ensuite, il nous paraît possible de relever l'influence qu'a pu avoir la Convention de Lugano. Rédigée concomitamment, cette dernière avait vocation à organiser la responsabilité des exploitants du fait d'activités dangereuses sur le fondement du principe du pollueur-payeur²⁸⁹¹. Or, sa rédaction avait déjà fortement influencé le rapporteur spécial dans sa définition de l'activité à risque²⁸⁹². Le rapporteur n'a donc pas hésité à s'y référer par suite, notamment lorsque la pertinence des obligations de prévention au sein du sujet devait s'être posée. Cette convention n'envisageait en effet qu'une responsabilité des exploitants sans considération pour les obligations de prévention susceptibles d'incomber aux États ou leur responsabilité même²⁸⁹³. Non sans lien, la question de la responsabilité

²⁸⁸⁶ Voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-neuvième session », *op. cit.*, p. 49, § 182

²⁸⁸⁷ Alors que certains étaient prêts à reconnaître cette innovation incontestable, d'autres étaient relativement réticents à l'idée que l'État supporte le poids de la réparation quand la pratique étatique tendait à montrer que cette fonction incombait principalement à l'exploitant. D'autres plaidaient enfin en faveur d'une responsabilité partagée, considérant ainsi « [l']injustice de laisser les États échapper à toute responsabilité en s'abritant derrière les exploitants » : « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session », *ACDI*, 1990, vol II(1), pp. 102-103, § 509

²⁸⁸⁸ Voy. CDI « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session », *op. cit.*, pp. 103, § 510 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session », *ACDI*, 1991, vol II(1), pp. 102-103, p. 123, § 253.

²⁸⁸⁹ Voy. « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session », *op. cit.*, p. 122, § 245.

²⁸⁹⁰ Dans le cadre de son projet, le rapporteur spécial avait souhaité leur octroyer un crédit en fondant la responsabilité d'un État sur une présomption *simple* d'une connaissance « construite » de l'exercice de cette activité sur son territoire ou en d'autres lieux sous son contrôle ou sa juridiction, par-delà le fait que la connaissance d'un risque ait encore été une condition pour fonder la responsabilité sur la théorie du risque : voy. CDI, « Troisième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, §§ 65 et « Quatrième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, § 35 et ss. On notera d'ailleurs que la disposition n'a pas été retenue, étant apparue dans la suite des travaux comme un seul facteur de l'équilibre des intérêts : CDI, « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international : rapport du Groupe de travail (1996) », *op. cit.*, p. 140, § 9. Aussi, le report de la responsabilité sur l'exploitant constituait une garantie supplémentaire pour ces États : le poids de la réparation pouvait être plus aisément assumé par les multinationales : « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session », *op. cit.*, p. 122, § 244 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session », *ACDI*, 1992, vol. II(2), p. 46, § 290

²⁸⁹¹ Voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session », *ACDI*, 1993, vol. II(2), p. 34, § 190.

²⁸⁹² Voy. CDI, « Sixième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, pp. 92 et ss, §§ 15 et ss dans lequel il proposait de définir l'activité dangereuse par le prisme des substances dangereuses (ce qui n'a pas été retenu par la suite).

²⁸⁹³ Voy. CDI, « Huitième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1992, vol. II(1), p. 64, § 9.

de l'exploitant paraît enfin avoir été déterminée par le statut et la force normative des obligations de prévention.

Derechef, la place à leur accorder au sein du projet a été un sujet de discussion quand a point l'idée selon laquelle leur reconnaître un caractère « dur » convoquait l'impossibilité de faire supporter

« par la même personne et pour un même fait la responsabilité découlant de la violation d'obligations de prévention et la responsabilité causale [...], l'unique façon d'inclure les deux formes de responsabilités dans le même instrument juridique serait de les prévoir pour des faits différents ou pour des personnes différentes (par exemple, la responsabilité de l'État pour la prévention et la responsabilité civile pour la réparation) »²⁸⁹⁴.

Et si, pour parer à cette difficulté, la solution a été proposée de recentrer le sujet sur la responsabilité en laissant en annexe et à titre de recommandation la question des obligations de prévention²⁸⁹⁵, cette dernière a emporté une vive opposition de la part de ceux pour qui les obligations de prévention constituaient « le noyau dur du sujet [et qu']on ne pouvait donc les laisser sous forme de simple recommandation »²⁸⁹⁶.

652. Un renforcement des obligations de prévention appelant une responsabilité des exploitants.

Suivant cette indication, le Rapporteur a donc proposé un second projet d'articles concernant spécifiquement la responsabilité et distinguant deux types de responsabilités. La première était une responsabilité *même sans faute* et (mi-)canalisée sur les exploitants, alors entendus comme ceux qui exercent « le contrôle » sur l'activité visée²⁸⁹⁷. Le projet prévoyait ainsi diverses dispositions permettant d'assurer une harmonisation minimale des droits internes peu ou prou semblables à celle du sixième rapport avec une disposition concernant l'assurance²⁸⁹⁸ et une plus novatrice eu égard au lien de causalité²⁸⁹⁹. La seconde était une responsabilité de l'État dont la question restait de savoir s'il fallait la retenir comme une responsabilité subsidiaire – néanmoins conditionnée par un défaut de prévention en lien avec l'incident imputé à l'exploitant²⁹⁰⁰ – ou tout simplement l'écarter. En n'ayant même pas retenue une solution calquée sur le modèle du régime de responsabilité civile nucléaire, on voit donc que l'idée d'une responsabilité *même sans illicéité* de l'État avait totalement disparu²⁹⁰¹. En toute hypothèse, il était proposé l'introduction d'une disposition d'ordre général renvoyant aux règles du droit international public pour ce qui concernait les conséquences à tirer de la violation par l'État

²⁸⁹⁴ CDI, « Huitième rapport par Julio Barboza », p. 64, § 10 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session », *op. cit.*, p. 101, §§ 502-504.

²⁸⁹⁵ *Ibid.* p. 64-65, §§ 11 et ss. Dans son septième rapport, le rapporteur avait également proposé de supprimer l'article 18 afin de moduler pour chacune des obligations de prévention (procédurales ou générales) les effets lui étant attachés. Cette proposition est restée sans grand effet.

²⁸⁹⁶ CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session », *op. cit.*, p. 47, § 297 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session », *op. cit.*, p. 23, §§ 112 et ss.

²⁸⁹⁷ Voy. CDI, « Dixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1994, vol. II(1), pp. 147 et ss, §§ 46 et ss. Le rapporteur envisageait la canalisation comme un mécanisme d'attribution mais n'empêchait pas que l'exploitant puisse se retourner contre des tiers.

²⁸⁹⁸ *Ibid.*, pp. 148 et ss, §§ 58 et ss.

²⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 151, § 68 : « [L]orsqu'il apprécie la preuve du lien de causalité entre l'événement et le dommage, le tribunal tient dûment compte du risque accru de provoquer ce dommage inhérent à l'activité dangereuse ».

²⁹⁰⁰ *Ibid.* p. 144, § 30. L'idée était de reprendre la solution d'une responsabilité usitée dans le traité sur l'Antarctique évoqué *supra* note 2742 : « [L]a responsabilité de l'État d'origine est engagée du fait d'un dommage qui ne se serait pas produit s'il avait exécuté ses obligations en matière de prévention par rapport aux activités visées à l'article premier. Cette responsabilité se limite à la partie de l'indemnisation qui ne peut être couverte en vertu des dispositions sur la responsabilité civile contenues dans les présents articles ».

²⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 142, §§ 24 et ss. Il convient pourtant de noter que la solution inspirée des conventions sur la responsabilité civile nucléaire avait séduit le rapporteur mais ce dernier considérait qu'elle « risqu[ait] de se heurter à la résistance de ceux qui se refusent à assigner à l'État un type de responsabilité qui, selon eux, n'est pas formellement établi en droit international ».

de ses obligations de prévention – autrement dit à une responsabilité pour fait illicite²⁹⁰². Enfin, le projet envisageait des pistes de solutions destinées à faciliter les réclamations provenant de l'État victime lorsque, *immédiatement* affecté²⁹⁰³, il aurait souhaité faire valoir son droit à réparation devant les tribunaux internes, ou dans l'hypothèse dans laquelle les victimes souhaiteraient faire jouer une éventuelle responsabilité subsidiaire de l'État²⁹⁰⁴. De manière générale, ce projet a été relativement bien accueilli par les États. Si beaucoup ont appuyé la responsabilité des exploitants, une grande partie a également considéré le « progrès considérable » que constituerait la reconnaissance d'une responsabilité subsidiaire, et se sont même révélés favorables à l'idée d'une intervention en cas d'insolvabilité de l'exploitant calquée sur le modèle des conventions nucléaires²⁹⁰⁵. Il en a été de même des membres de la Commission²⁹⁰⁶. Ce choix ne fut cependant pas retenu.

Alors qu'au terme de son douzième rapport, le rapporteur, considérant certainement que toutes les options avaient été explorées, laissait ainsi le choix aux membres entre la solution de l'ébauche de plan, celle du sixième rapport ou celle du dixième rapport²⁹⁰⁷, la réponse immédiate de la Commission a été quelque peu différente. Parce que les dispositions concernant la prévention avaient, de leur côté, fait l'objet d'une avancée particulière, elle décida de créer un groupe de travail chargé d'examiner le sujet. Cela a abouti à la présentation d'un projet d'article portant fortement sur la prévention et au sein duquel la question de la responsabilité est apparue fortement diluée dans un mélange dissimulé entre responsabilité des exploitants et réparation négociée²⁹⁰⁸. Était-ce la volonté de ne pas laisser totalement en friche toute la matière juridique pour laquelle elle avait initialement inscrit le projet à son programme, *id. la responsabilité étatique même sans illicéité*? Quoiqu'il en soit, invitée par l'Assemblée générale à indiquer l'orientation de ses travaux sur le sujet²⁹⁰⁹, la Commission était ainsi conduite à faire face à un constat alors inévitable : celui selon lequel la question de la prévention et de la réparation, bien que liées entre elles, étaient en réalité distinctes l'une de l'autre et qu'à l'avenir les questions devraient en réalité être traitées séparément, en commençant par le sujet portant sur la

²⁹⁰² Voy. CDI, « Dixième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, p. 144, §§ 31 et ss.

²⁹⁰³ Par exemple un dommage à l'environnement. Il faut en effet souligner que ce projet avait été l'occasion de proposer l'introduction du dommage écologique pur en droit international : voy. sur ce point le Onzième rapport du rapporteur spécial. A toutes fins utiles, on rappellera que si ce point n'a pas été abordé, c'est que la question du dommage à l'environnement n'intéresse pas directement notre travail.

²⁹⁰⁴ Voy. CDI, « Dixième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, p. 155, §§89 et ss.

²⁹⁰⁵ Voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session (1995) », A/CN.4/472/Add.1, 1996, p. 34, § 128 et ss.

²⁹⁰⁶ CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session », *ACDI*, 1995, vol. II(2), p. 90, §§ 385-388.

²⁹⁰⁷ Voy. CDI, « Douzième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit par Julio Barboza », *ACDI*, 1996, vol. II(1).

²⁹⁰⁸ Voy. CDI, « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international : rapport du Groupe de travail (1996) », *op. cit.* La responsabilité apparaissait simplement formulée dans son principe sans préjuger de son débiteur. Par-delà, le projet prévoyait une obligation de l'État d'adopter les mesures législatives, administratives ou autres permettant la mise en œuvre des dispositions du projet, ce qui devait être interprété comme comportant « l'obligation d'accorder aux États victimes de dommages transfrontières, causés par des activités conduites sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle, des droits à réparation quant au fond et quant à la procédure » (p. 140, § 5). Enfin, outre l'énonciation d'un principe de non-discrimination, il était prévu que la réparation puisse faire l'objet d'une négociation entre États eu égard à certains facteurs : le profit tiré de l'activité, le respect des obligations de prévention ou encore la mesure dans laquelle une indemnité était accessible par la voie de droit interne. Autrement dit, il ne restait pas grand-chose des dernières solutions qui avaient été proposées, ces dernières n'apparaissant plus que comme des éléments à prendre en considération dans la négociation. Pour autant, le projet n'a pas été mal accueilli par les délégations : « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (1996) », A/CN.4/479, 1997, pp. 6 et ss.

²⁹⁰⁹ Voy. AGNU, A/RES/51/160, § 6.

prévention alors bien plus avancé²⁹¹⁰. Ainsi, un projet d'article traitant de la prévention applicable aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif du fait de ses conséquences physiques a été adopté en 2001. Il a fallu attendre 2006 pour qu'un même projet soit adopté pour ce qui en concerne la réparation, confirmant définitivement le report de la responsabilité sur l'exploitant et l'intérêt d'envisager la règle de responsabilité du fait des activités à risque par le prisme du droit civil.

2. Le renoncement bienvenu à la responsabilité même sans illicéité des États

653. Plan. C'est sous la direction du rapporteur Pemmaraja Sreenivasa RAO, également rapporteur spécial du projet portant sur la prévention, que devait ainsi aboutir le projet d'article sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activité dangereuse (a.) et à l'égard duquel il s'agira de mesurer l'utilité d'une règle de responsabilité civile du fait des activités à risque applicables aux activités de fusion (b.).

a. Le report de la responsabilité sur les exploitants d'activités à risque

654. La responsabilité de l'exploitant : une évidence. Après la division du sujet, et quoique les efforts de la Commission du droit international aient d'abord porté sur la question de la prévention, les États ne comptaient pas pour autant délaisser la question de la réparation des dommages susceptibles d'en résulter²⁹¹¹. Il faut dire que les activités à risque présentent souvent cette particularité d'échapper à toutes mesures de prévention. Un dommage peut survenir en dépit de toutes les mesures de prévention et « pour diverses raisons qui ne mettaient pas en jeu la responsabilité de l'État »²⁹¹². Parce qu'entre-temps le projet portant sur les obligations de prévention ainsi que celui portant sur la responsabilité pour fait illicite avaient été adoptés, la question n'a plus été abordée sous l'angle de la responsabilité étatique, mais sous l'angle de l'institution de mécanismes permettant de répartir les pertes entre les divers agents intervenant dans les activités²⁹¹³. Tout d'un coup, la responsabilité civile paraissait alors être redevenue un outil utile²⁹¹⁴. L'unanimité concernant le fait que la responsabilité devrait incomber en premier lieu aux « exploitants »²⁹¹⁵ est apparue naturellement : eux seuls apparaissent comme étant en position de diriger ou maîtriser l'activité et les véritables créateurs du

²⁹¹⁰ Voy. CDI, « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » A/CN.4/L. 536, 1997 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session », *ACDI*, 1997, vol. II(2), p. 60, § 168.

²⁹¹¹ AGNU, *Résolution du 18 janvier 2002*, A/RES/56/82.

²⁹¹² CDI, « Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », A/CN.4/L/627, 2002, p. 2, § 3.

²⁹¹³ Le choix du terme « répartition des pertes » avait ainsi été discuté pour éloigner la question de la responsabilité et focaliser le propos sur le fait que la victime innocente n'ait pas à supporter le poids d'une pollution. La formule « prise en charge de la perte » visait à éviter les connotations juridiques du terme « réparation » par rapport à la responsabilité des États ou du mot « indemnisation » dans le cadre de la responsabilité civile : CDI, « Rapport de la Commission du droit internationale sur les travaux de sa cinquante-cinquième session », *ACDI*, 2003, vol. II(2), p. 53, § 227. Certaines délégations ont approuvée cette vue relevant également le rapprochement de cette vision avec le principe du pollueur-payeur : voy. CDI, « Deuxième rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses », par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao », A/CN.4/540, 2004, p. 68, § 4.

²⁹¹⁴ Voy. sur ce point voy. CDI, « Premier rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses », par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao », A/CN.4/531, 2003.

²⁹¹⁵ Sans préjuger de la définition de la définition du terme, afin de pouvoir englober d'autres personnes (propriétaires, transporteurs etc.) : voy. CDI, « Rapport de la Commission du droit internationale sur les travaux de sa cinquante-cinquième session », *op. cit.*, p. 50, §§ 205-206 ; « Deuxième rapport par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao », *op. cit.*, p. 82, § b) ; « Troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuse », A/CN.4/566, 2006, p. 4, § 3 a.

risque²⁹¹⁶. L'on ne saurait contredire un tel constat²⁹¹⁷ dont la solution promet, en sus, l'incitation préventive à un autre niveau²⁹¹⁸. La responsabilité *même sans faute* étant reconnue dans de nombreux pays où la responsabilité est attribuée à « l'exploitant » pour les activités comportant un risque inhérent, elle devait également s'imposer en la matière²⁹¹⁹. Cela étant, la question de l'intervention étatique a de nouveau été l'objet de controverses entre ceux pour qui les arguments avancés à l'égard des exploitants justifiaient réciproquement que l'État ne soit aucunement tenu d'intervenir dans l'indemnisation, et ceux pour qui l'exploitant, seul responsable, n'aurait pas les ressources suffisantes pour pourvoir à l'indemnisation d'un événement transfrontière²⁹²⁰. Si l'on a semblé s'entendre sur le fait qu'une intervention de l'État ne pouvait s'envisager qu'à titre supplétif, il est resté cette idée que ce dernier ayant autorisé une activité à risque était tenu de participer à l'indemnisation²⁹²¹. Pour permettre l'acceptation de cette réalisation sans pour autant braquer les États avec l'idée d'une responsabilité subsidiaire au fondement ambigu, il a donc été proposé que la part de l'État soit considérée comme une contribution à un financement complémentaire, au même titre que celle qui pourrait être exigée d'autres acteurs²⁹²².

655. L'intervention étatique : un retour aux solutions du droit nucléaire. Non sans rappeler le régime de responsabilité civile nucléaire (et questionnant l'intérêt d'autant de tergiversations pour arriver à reprendre les solutions d'un régime qui avait été établi près de vingt ans avant le commencement des premiers travaux²⁹²³), un projet de principe a été adopté en 2006²⁹²⁴. Il s'en éloigne toutefois par sa généralité et par sa vocation à ne pas constituer un outil d'harmonisation des législations nationales. Visant à contribuer au processus de développement du droit international, le but était principalement d'offrir une orientation appropriée aux États en ce qui concerne les activités dangereuses non couvertes par des arrangements spécifiques sans heurter les particularités étatiques : l'établissement de régimes spécifiques constituant encore l'objectif premier²⁹²⁵. Aux termes de ce dernier, l'État est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'une indemnisation prompte et adéquate puisse être accordée aux victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses se déroulant sur son territoire ou placée sous sa juridiction ou

²⁹¹⁶ « Deuxième rapport par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao », *op. cit.*, pp. 70, 75, § 14, § 36.

²⁹¹⁷ *Voy. infra* Titre II, Chapitre 2, Section 2.

²⁹¹⁸ CDI, « Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *op. cit.*, p. 4, § 9 : « tout régime de répartition des pertes de cette charge [de la perte] devait garantir l'existence de moyens propres à inciter effectivement tous ceux qui participent à une activité dangereuse à adopter les meilleures techniques de prévention et de réaction »

²⁹¹⁹ *Voy. CDI*, « Deuxième rapport par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao », *op. cit.*, p. 82, § d. : « On peut sans doute affirmer que c'est là un principe général de droit international, ou tout au moins une marque de développement progressif du droit international » ; « Troisième rapport par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao », *op. cit.*, p. 4, § 3.c et § 27.

²⁹²⁰ *Voy. CDI*, « Deuxième rapport par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao », *op. cit.*, p. 72, § 25.

²⁹²¹ *Ibid.* p. 73, §§ 27-29 et p. 77, § i).

²⁹²² *Ibid.* p. 77, § i) et pp. 84 et ss.

²⁹²³ On peut en réalité trouver une explication dans le fait qu'au moment de l'introduction du sujet à la Commission, ces conventions comptaient assez peu d'États parties. L'influence qu'elles ont en réalité pu avoir s'est révélée par l'écoulement du temps lorsqu'une série de conventions devait commencer à avoir emprunter les solutions de ce régime. On pourra d'ailleurs, pour le constater, remarquer la différence des sources mobilisées entre les premiers rapports des rapporteurs spéciaux et celles mobilisées dans les rapports du troisième rapporteur, lesquelles manifestent de l'évolution en la matière. On pourra également le constater dans les études faites par le Secrétariat sur ces sujets et déjà référencées *supra* note 2739.

²⁹²⁴ *Voy. CDI*, « Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*

²⁹²⁵ *Ibid.*, principe 7.

son contrôle²⁹²⁶. Le projet indique alors une série de mesures adéquates à cette fin. D'abord, la mise en place d'une « responsabilité non dépendante d'une faute »²⁹²⁷ à la charge de « l'exploitant »²⁹²⁸ dont toutes conditions²⁹²⁹, restrictions, ou exceptions devraient être compatibles avec le principe d'une indemnisation prompte et adéquate des victimes²⁹³⁰. Ensuite, il impose l'organisation d'un système de garantie financière ou d'assurance obligatoire²⁹³¹, mais également s'il y a lieu, la création d'un fonds alimenté par la branche d'activité au plan national rappelant les pools d'exploitants nucléaires ou encore le FIPOL²⁹³². Si ces mesures étaient insuffisantes, l'État serait alors invité à assurer la disponibilité de ressources financières supplémentaires, mais sans que cela n'implique que les sommes nécessaires proviennent de fonds publics²⁹³³. Par-delà cette disposition, le projet prévoit également d'autres principes tel que le principe de coopération²⁹³⁴, lequel n'est pas sans lien avec les lignes de conduite également prévues concernant les mesures d'interventions que l'État devrait adopter en cas d'évènement dommageable transfrontière²⁹³⁵. Enfin, le projet consacre le principe de non-discrimination non sans lien, cette fois, avec les dispositions concernant les garanties procédurales²⁹³⁶. Quoique les victimes soient libres sur le choix du *for* compétent, les États sont en effet invités à conférer à leurs autorités judiciaires ou administratives²⁹³⁷ les compétences nécessaires et à garantir aux victimes des moyens de recours aussi rapides, adéquats et efficaces que ceux ouverts aux victimes « locales »²⁹³⁸. À la lecture du texte, on peut donc tant constater l'échec pourtant prévisible de l'institution d'une responsabilité étatique *même sans illicéité* du fait des activités à risque, que l'intérêt des mécanismes de droit civil ou du droit international privé pour faire face à cette problématique. Pourtant, cette solution connaît toujours « un futur incertain »²⁹³⁹.

²⁹²⁶ *Ibid.*, principe 4 et commentaires y relatifs.

²⁹²⁷ Le but de cette formulation générale était de ne pas préjuger des diverses formes de responsabilité objective qu'elles aillent de la présomption de faute à la responsabilité dite absolue : CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 4, comm. § 12 et rapprochez V. PALMER, « Trois principes de la responsabilité sans faute », *RIDC*, 1987, vol. 39, pp. 825-838 et Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

²⁹²⁸ Dans le projet, l'exploitant est défini *factuellement* comme toute personne qui dirige ou contrôle l'activité au moment de la survenance de l'évènement. Bien qu'il n'ait existé aucune définition de l'exploitant en droit international, cette dernière définition semblait ainsi être celle qui paraissait la plus appropriée au regard de la pratique internationale comme des droits internes, et nous aurons d'ailleurs l'occasion de confirmer cette vision *infra* : voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 2, comm. §§ 31-33

²⁹²⁹ Le but était ici d'adapter aux situations dans lesquelles la responsabilité incomberait à d'autres désignés par voies d'accord ou par la loi. Tel est le cas en matière de pollution par hydrocarbures où c'est le propriétaire du navire qui est responsable ou encore dans le cadre de la Convention de Bâle sur les mouvements transfrontières de déchets dangereux qui visent les générateurs, exportateurs, importateurs ou éliminateurs de déchets : voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 2, comm. § 31 ; principe 4, comm. § 4.

²⁹³⁰ Cette précision a simplement pour vocation de rappeler qu'il est dans la pratique des États, tant au plan interne que dans la pratique conventionnelle, de soumettre la responsabilité à certaines conditions, restrictions ou exceptions ou limitations de la responsabilité dans son quantum visant tant à permettre l'assurabilité du risque qu'à constituer une contrepartie raisonnable de la suppression de la charge de la preuve pour les demandeurs. Si c'est un élément qui est d'ailleurs beaucoup ressorti du débat, l'impossibilité d'uniformiser la pratique en la matière nous paraît avoir ainsi guidé la Commission à adopter cette formule généralisante : CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 4, comm. §§ 19 et ss.

²⁹³¹ On soulignera cependant que la formulation du principe devait laisser une grande marge de manœuvre aux États, loïsibles d'atteindre cet objectif : CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 4, comm. §§ 28-36. On verra *infra* Chapitre 2 que cette question de l'assurance obligatoire est en réalité plus délicate à mettre en œuvre qu'on ne l'imagine.

²⁹³² Là encore une certaine liberté est laissée aux États, fonction faites des circonstances : CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, principe article 4, comm. § 37.

²⁹³³ Voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe article 4, comm. § 38.

²⁹³⁴ *Ibid.*, principe 8.

²⁹³⁵ *Ibid.*, principe 5.

²⁹³⁶ *Ibid.*, principe 8.

²⁹³⁷ Le projet n'exclue pas que l'État puisse être exploitant comme cela est le cas dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire.

²⁹³⁸ Voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 6.

²⁹³⁹ G. HAFNER, I. BUFFARD, « Les travaux de la commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages » *in* SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, *op. cit.*, p. 161

656. Un projet à l'avenir normatif incertain. Depuis l'adoption de ces articles par l'Assemblée générale des Nations Unies, il ne leur était donné aucune forme finale tout comme ceux concernant la prévention. Régulièrement, pourtant, il est formulé des appels en ce sens par l'Assemblée générale²⁹⁴⁰. Si certains des principes énoncés en matière de prévention ont certainement pu acquérir une valeur coutumière²⁹⁴¹, tel n'est pas le cas de ceux visant la répartition des pertes. Nous l'avons déjà constaté *supra* à l'endroit de l'étude de la protection de la responsabilité civile opérée par la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁴², le droit international ne saurait – en dehors de dispositions conventionnelles spécifiques – imposer à un État d'organiser un système de responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque. Il apparaît dès lors qu'une règle de responsabilité civile du fait des activités à risque permettant de réceptionner les dommages causés ces activités, telles que les activités de fusion, serait une manière certaine pour le droit français de participer au développement du droit international et de promouvoir ses objectifs.

657. Un projet motivant l'adoption d'une règle applicable aux activités de fusion. En dépit du caractère encore spéculatif du risque nucléaire de fusion, ces activités pourraient en effet entrer dans le champ d'application desdits projets. Elles constituent effectivement de ces activités non interdites par le droit international, mais présentant un *risque* de causer un dommage transfrontière « significatif » – entendu comme « détectable »²⁹⁴³ – à des personnes, à des biens ou à l'environnement²⁹⁴⁴ du fait de leurs conséquences physiques²⁹⁴⁵. Le doute subsiste si l'on considère leur faible risque. Au sens des projets de la Commission, les activités à risque sont en effet considérées par rapport à un effet combiné de la probabilité qu'un accident se produise et de l'ampleur de l'impact dommageable²⁹⁴⁶. Les projets n'auraient donc vocation qu'à concerner les activités qui présentent une forte probabilité de causer des dommages qui, sans être désastreux, n'en sont pas moins significatifs et les activités qui présentent une faible probabilité de causer un dommage catastrophique²⁹⁴⁷. Les activités qui « présentent une très faible probabilité de causer un dommage transfrontière significatif » en sont exclues²⁹⁴⁸. Néanmoins, nous ne pensons pas que les activités de fusion puissent être évincées

²⁹⁴⁰ Voy. AGNU, Résolution du 6 décembre 2007, A/RES/62/68 ; AGNU, Résolution du 10 janvier 2010, A/RES/65/28 ; AGNU, Résolution du 18 décembre 2013, A/RES/68/114 ; AGNU, Résolution du 30 décembre 2019, A/RES/74, 189.

²⁹⁴¹ Ainsi, certaines obligations procédurales de prévention, par-delà l'obligation de diligence due, ont pu se voir reconnaître un tel caractère coutumier à l'occasion d'affaires telles que CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, *op. cit.* ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, *op. cit.*, et plus généralement voy. L. ESTRELA BORGES, *Les obligations de prévention dans le droit international de l'environnement, et ses conséquences dans la responsabilité internationale*, *op. cit.*

²⁹⁴² Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2.

²⁹⁴³ Commentaire, sous article 2, p. 66-67, §§1-3 et rapprochez Y. KERBRAT, « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement », *op. cit.*, p. 133 ; L. ESTRELA BORGES, *Les obligations de prévention dans le droit internationale de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 357 et ss.

²⁹⁴⁴ Le projet vise, de manière non-exhaustive, des dommages rappelant peu ou prou aux dommages visés dans le régime de responsabilité civile nucléaire : le décès et le dommage corporel, le dommage au bien, la perte ou le dommage provenant d'une atteinte à l'environnement, le coût des mesures raisonnables de remise en état du bien ou de l'environnement, le coût des mesures d'intervention raisonnables : voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 2, comm. §§ 4 et ss.

²⁹⁴⁵ Voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 1, comm. §§ 4 et ss.

²⁹⁴⁶ *Ibid.*, principe 1, comm. § 2 ; CDI, « Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, art. 2, comm. § 1.

²⁹⁴⁷ Voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 1, comm. § 9.

²⁹⁴⁸ CDI, « Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, art. 2, comm. § 3.

au-delà du témoignage qu'apporte l'application à ces dernières des normes de sûreté nucléaire, lesquelles ne sont pas sans rappeler les principes du projet sur la prévention²⁹⁴⁹. D'une part, l'appréciation du risque peut être relative et contextuelle. Dans le cadre du projet sur la prévention auquel se réfère le projet sur la répartition des pertes, il est ainsi fait référence à des activités qui ne paraissent pas plus dangereuses que les activités de fusion²⁹⁵⁰. De plus, « le risque qui découle d'une activité est essentiellement fonction de l'application particulière, du contexte spécifique dans lequel elle est menée et de la manière dont elle s'exerce »²⁹⁵¹. Dès lors, si d'aucuns songeaient à exclure une installation de fusion située en territoire isolé du champ des activités visées par ledit projet, tel ne serait assurément pas le cas d'une installation de fusion située près d'une frontière²⁹⁵². D'autre part, et surtout, il s'agit, pour notre part, de prôner l'établissement d'une règle de responsabilité civile susceptible de réceptionner les dommages causés par les activités à risque, sans exclusion des activités insusceptibles de causer un dommage transfrontière. Si l'on admet que le champ d'application qui sera conféré à la règle permet de satisfaire les critères posés par la Commission, il importe peu que les activités de fusion soient ou non constitutives d'activités à risque au sens du droit international. La responsabilité *même sans faute* des exploitants y trouve une justification dans la complexité et le risque inhérent et potentiellement dommageable qui caractérisent les activités visées, et qui imposent d'exonérer les victimes de la lourde charge de prouver une faute possiblement inexistante²⁹⁵³. Or, ces mêmes critères guideront notre raisonnement *infra*²⁹⁵⁴. Partant, ce qui serait valable pour les dommages purement internes devrait *a fortiori* l'être pour les dommages transfrontières. Nous employons le conditionnel, car il pourrait en réalité subsister quelques non-coïncidences entre le champ d'application du projet de la Commission et celui dont sera doté la règle de responsabilité, dans ce sens que cette dernière pourrait être plus rigoureuse. En effet, quoique la Commission ait refusé de faire du seul dommage transfrontière le fondement de ses travaux, il ressort quelques références à l'une de pierres d'achoppement de ces derniers, c'est-à-dire le cas de dommages causés par les activités à effets nocifs²⁹⁵⁵. Pour ces dommages, qui pourraient ne pas avoir vocation à tomber sous le coup de la règle de responsabilité recherchée, on se bornera alors simplement à rappeler que le droit français connaît déjà d'autres règles de responsabilité *même sans faute* qui, sous le coup d'une

²⁹⁴⁹ Voy. Décret n° 2012-1248 du 9 novembre 2012 autorisant l'Organisation internationale ITER à créer une installation nucléaire de base dénommée « ITER » sur la commune de Saint-Paul-lez-Durance (Bouches-du-Rhône), JORF, n°0262, 10 novembre 2012

²⁹⁵⁰ Voy. CDI, « Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières », op. cit., art. 1, comm. § 5, note 908 : « un certain nombre d'activités telles que celles des raffineries de pétrole, centrales thermiques, installations destinées à la production ou à l'enrichissement de combustibles nucléaires, etc., sont identifiées comme pouvant être dangereuses ».

²⁹⁵¹ CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », op. cit., principe 1, comm. § 3 ; CDI, « Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières », op. cit., art. 7, comm. § 9.

²⁹⁵² Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

²⁹⁵³ Voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », op. cit., principe 4, comm. § 13

²⁹⁵⁴ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1.

²⁹⁵⁵ Il faut en effet noter que la question de l'inclusion des activités à effets nocifs, c'est-à-dire celles susceptibles de causer des dommages transfrontières dans leur fonctionnement normal, au sein des travaux de la Commission a constitué l'un des points les plus épineux du débat, notamment sous la direction de Julio Barboza. La question est en effet apparue récurrente de savoir si ces activités devaient tomber sous le coup d'une responsabilité *même sans illicéité* : voy. sp. CDI, « Cinquième rapport par Julio Barboza », op. cit., pp 146 et ss, §§ 8, 10-12, 23, 46 ; « Sixième rapport par Julio Barboza », op. cit., p. 89, § 12 ; « Septième rapport par Julio Barboza », op. cit., p. 77, § 10 ; CDI « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session », op. cit., p. 94, §§ 473-475.

interprétation quelque peu extensive, seraient à même de combler les lacunes volontaires de notre proposition²⁹⁵⁶.

Somme toute, l'établissement d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque constituerait certainement une forte participation du droit français au développement du droit international des activités à risque. S'il est certain que la reconnaissance d'une telle règle de ne saurait se faire sans un renforcement des mesures procédurales visant à son application effective en cas de dommages transfrontières, les efforts à fournir dans ce domaine apparaissent cependant bien moindres. Le droit international privé français prévoit, sous l'influence du droit de l'Union européenne, suffisamment de critères de rattachement permettant aux victimes étrangères de faire valoir leur droit à réparation. De plus, la France étant partie à la Convention européenne des droits de l'homme, elle ne saurait *a priori* exercer quelque discrimination dans le traitement des victimes étrangères dès lors qu'une requête introduite en France ferait tomber la victime sous sa juridiction l'obligeant à lui garantir le droit à l'accès au juge et à un procès équitable dans les mêmes conditions qu'un ressortissant national²⁹⁵⁷. Ainsi, et comme nous l'avons déjà relevé *supra*, du fait du défaut d'harmonisation concernant les règles de responsabilité applicables aux activités à risque, les principales difficultés susceptibles de survenir en cas de dommages transfrontières sont relatives à la loi applicable au litige (*lex causae*)²⁹⁵⁸. Cela confirme donc l'intérêt d'œuvrer à promouvoir cet objectif. Enfin, pour ce qui concerne les mécanismes d'assurances obligatoires, cela peut s'avérer plus délicat. Ce sera là, cependant, l'objet d'autres développements.

658. Conclusion du §. Arrivé au terme de cette étude concernant la réception par le droit international des dommages causés par les activités à risque, on ne peut dès lors que constater une nouvelle fois l'apport que constituerait une règle de responsabilité civile du fait des activités à risque. En effet, en dépit des efforts fournis pour tenter d'imposer une responsabilité internationale étatique même sans illicéité du fait des activités à risque, force a été d'admettre que ce droit de ne s'y prête pas. Certes, il était déjà une limite principale à la proposition, laquelle était inhérente à la nature du droit international : celle d'un droit dont l'évolution dépend intrinsèquement de la volonté de ces membres. De plus, cette transposition était certainement difficile à entreprendre eu égard à certains aspects théoriques de l'institution, notamment celle du lien d'imputation. Cela étant, ces difficultés auraient pu être relativisées si l'on avait trouvé un fondement conventionnel permettant de lui conférer à la fois une autorité et une portée définie. C'est finalement ce que devait proposer la Commission du droit

²⁹⁵⁶ En dépit des justifications données par la Commission à l'endroit de la responsabilité même sans faute des exploitants, il se pourrait en effet que des activités présentant un risque hautement probable de causer des dommages significatifs ne tombent pas toutes sous le joug de notre règle de responsabilité comme elle sera établie *infra* Titre II. On pensera notamment à l'hypothèse envisagée par la Commission comme celle dans laquelle le projet pourrait s'appliquer aux dommages dus à un « ensemble d'effets néfastes qui se sont graduellement accumulés au fil du temps » : comm sous principe 1, p. 65, § 7. La formule apparaît peu claire et paraît faire retomber la Commission dans le travers de la distinction entre les activités à risque et les activités à effets nocifs. Dans cette hypothèse, on pourrait penser qu'une application extensive de la notion de trouble anormal de voisinage telle que vue en introduction pourrait constituer un remède efficace.

²⁹⁵⁷ Voy. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme des libertés fondamentales*, signée à Rome, le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1954, art. 1 : « [L]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention ». Cette observation est renforcée par le fait qu'une condition préalable à l'adhésion est que « [t]out membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (article 3 du Statut du Conseil de l'Europe).

²⁹⁵⁸ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2 et *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 1.

international qui, consciente de ces divers obstacles, a emprunté le chemin de l'établissement de règles primaires s'éloignant de l'institution de la responsabilité pour aller vers l'établissement d'une obligation d'organiser la réparation des dommages transfrontières résultant de la poursuite d'une activité à risque. Au moment de faire le bilan de la solution adoptée, il apparaît ainsi que le véritable problème que convoquait la responsabilité internationale des États du fait des activités était, au fond, celui du rôle qui devait être attribué à chacun dans la gestion du risque présenté par ces dernières. Il suffira pour s'en convaincre de considérer que cette même difficulté a surgi à l'endroit de la responsabilité administrative.

659. Conclusion de la Section. Dans le prolongement de l'étude de l'apport d'une règle de responsabilité civile du fait des activités à risque à l'institution de la responsabilité civile, il a paru important de souligner la mesure dans laquelle celle-ci pourrait influencer la responsabilité administrative ou internationale. Quoique ces deux études soient parties d'un point de départ différent, leurs conclusions se rejoignent ainsi en grande partie. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre, la conclusion est celle d'un l'État « contrôleur »²⁹⁵⁹ qui ne peut et ne doit pas être responsable, par principe, du fait d'une activité à risque poursuivie par une personne privée. Ambitionner un tel résultat ne pourrait être que liberticide et priver l'État de son rôle premier : celui d'appliquer une réglementation adéquate aux fins de prévenir la réalisation des risques sans entraver la liberté d'action et freiner le progrès, et de ne se voir sanctionné que lorsqu'il échoue à remplir ces obligations. Dès lors, il ne faut pas en conclure qu'il n'existe aucune forme de responsabilité étatique du fait des activités à risque. Simplement, cette dernière ne peut être fondée que sur un comportement illicite. Dans le cadre du droit nucléaire, il est ainsi un grand nombre d'obligations de préventions auxquelles les États sont tenus et dont le non-respect serait susceptible d'emporter sa responsabilité, à tout le moins internationale²⁹⁶⁰. De même, il ne faut pas en conclure que cette responsabilité serait totalement indifférente à la règle de responsabilité civile recherchée.

Il est certainement des difficultés qui pourront surgir de l'articulation entre ces différents responsables. Peut-être, cela ne semblerait pas poser grande difficulté dans l'ordre juridique international. La responsabilité étant principalement interétatique, il est peu de moyens que l'individu lésé puisse former une réclamation internationale à l'encontre de l'État. On ne saurait faire face à des difficultés prégnantes si l'on admet que le dommage subi par l'État, même s'il peut refléter au fond les dommages subis par ses ressortissants, ne lui est pas moins personnel. Quant au mécanisme de la protection diplomatique, il impose des conditions telles qu'on ne peut que lui conférer une fonction résiduelle. En dépit d'une proposition formulée en ce sens en 2006, l'idée selon laquelle un événement transfrontière pourrait exonérer la personne bénéficiant du privilège de la protection diplomatique du respect de certaines conditions ne semble pas avoir trouvé d'écho en droit positif, sauf le cas

²⁹⁵⁹ Dans ce sens qu'il ne s'agit ici pas d'envisager l'hypothèse d'un État exploitant, laquelle est réservée à des développements ultérieurs.

²⁹⁶⁰ Voy. not. A. KISS, "State responsibility and Liability for Nuclear damage", *op. cit.*; S.M. ZEIDAN, *State Responsibility and Liability for Environmental Damage caused by Nuclear Accidents*, Université de Tilburg, 2012, 664 p.; G. KECSKES, "The concepts of State responsibility and liability in nuclear law", *AJH*, vol. 49, 2008, pp. 221-252.

particulier et préalable de la Convention sur les engins spatiaux²⁹⁶¹. On note toutefois une évolution tendant vers la possibilité de formuler des réclamations individuelles sur la violation d'obligations de prévention en matière de droit de l'homme, notamment en matière de droit à un environnement sain dont la compréhension actuelle convoque quelques obligations de prévention incombant à l'État²⁹⁶². Avec prudence, la Cour interaméricaine a ainsi admis dans un avis de 2017 que le terme « *jurisdicción* » pouvait inclure des situations se produisant au-delà du territoire des États permettant ainsi à des victimes de dommages transfrontières trouvant leur cause dans une activité poursuivie sur le territoire d'un État, ou sous sa juridiction, de s'y retrouver également²⁹⁶³. En 2021, une décision du Comité des droits de l'enfant concernant la responsabilité transfrontière des États en matière de changement climatique semblait également tendre vers ce sens, bien que l'instance introduite n'ait pas abouti en raison d'un non-épuisement des voies de recours interne²⁹⁶⁴. Pour ce dernier point, on voit donc ici l'intérêt de normes administratives de prévention. Parce que devant le juge administratif, il n'est aucune condition de nationalité, on ne verrait théoriquement aucun obstacle à ce qu'une victime étrangère puisse engager la responsabilité de l'administration lorsqu'un manquement à ses obligations administratives aurait été la cause d'un dommage subi. Cela étant, si l'on établit de nouveau le lien entre les obligations administratives et les obligations positives, un élargissement de la compréhension de la juridiction au sens des instruments conventionnels des droits de l'homme ne pourrait certainement qu'ajouter un fondement à la requête des victimes étrangères. Il serait toutefois une difficulté. En effet, une fois que l'on admet que des victimes puissent poursuivre plusieurs responsables (l'État et l'exploitant) sur des fondements différents, il restera encore à gérer la manière dont ces responsabilités pourraient alors véritablement s'articuler. À la différence d'un cas de responsabilité strictement interétatique, il serait en effet la question de l'indemnisation d'un même et unique dommage lequel ne devrait pouvoir faire l'objet d'un cumul de réparation. Tributaire de la question de la réparation intégrale et de la question de la gestion des coauteurs, cette question n'est cependant pas exclusive du présent propos. Elle n'est pas plus exclusive de l'objet de cette thèse, et sera donc susceptible de ne ressurgir qu'insidieusement au sein de notre propos.

660. Conclusion du Chapitre. À bien des égards, le *Chapitre* ici conclu a permis de démontrer les apports de la consécration d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque de portée

²⁹⁶¹ Voy. CDI, « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs », *Ann. CDI*, 2006, vol. II(2), art. 15.c : « les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque [...] il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État prétendument responsable à la date du préjudice » et commentaire, pp. 48-49, §§ 7-10 : « dans les cas où il existe des recours internes efficaces, il serait déraisonnable et injuste d'exiger d'une personne lésée qu'elle les épuise quand, par exemple, son bien a souffert d'un dommage causé à l'environnement par la pollution, de retombées radioactives ou de la chute d'un objet spatial émanant d'un État où ce bien n'est pas situé ou dans le cas où elle se trouve à bord d'un aéronef abattu alors qu'il survolait le territoire d'un autre État [...] Ni la jurisprudence ni la pratique des États ne fournissent [cependant] d'indications bien nettes quant à l'existence d'une telle exception à la règle de l'épuisement des recours interne ».

²⁹⁶² Voy. *supra* § 1 *in fine* et P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

²⁹⁶³ Voy. CIADH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos)*, avis consultatif du 15 novembre 2017, OC-23/17, §§100-104 et sur cette avis P. RICARD, « La clarification du lien entre droits de l'homme et protection de l'environnement et de ses conséquences par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif du 15 novembre 2017, *JCDI*, 2018, pp. 15-18.

²⁹⁶⁴ Comité des droits de l'enfant, *Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of Communications No. 104/2019, 105/2019, 106/2019, 107/2019, 108/2019, CRC/C/88/D/104/2019, §§ 10.5-10.12.*

générale, permettant d'organiser la réparation des dommages susceptibles de résulter du développement des activités de fusion. Parce que le risque technologique est l'affaire de tous, il apparaît que les apports d'une telle règle dépassent le seul domaine de la responsabilité civile. Certes, c'est d'abord au sein de l'institution que nous avons identifiés les apports d'une telle règle, et notamment eu égard aux fonctions qu'elle serait conduite à poursuivre. Alors que la responsabilité *même sans faute même assurée* de l'exploitant d'une activité à risque apparaît comme un facteur de prévention non négligeable, c'est dans sa dimension réparatrice qu'elle révèle son intérêt, autorisant ainsi les victimes à rechercher une réparation à la fois financière et morale auprès celui qui apparaît, sous réserves d'explications ultérieures, comme le responsable de leurs dommages. Dès lors, la poursuite de ces fonctions assumée par la règle de responsabilité participerait à réhabiliter l'institution dans un domaine où les mécanismes d'indemnisation occupent une place grandissante, alors qu'ils sont inaptes à saisir les enjeux de la prévention ou de la réparation des dommages causés par la réalisation du risque technologique, à l'instar du risque nucléaire de fusion. Plus encore, c'est en dehors du domaine de l'institution que la consécration d'une telle règle se révélerait intéressante. Facteur de renforcement des fonctions de la responsabilité civile, la création d'une telle règle autoriserait corrélativement un renforcement de la responsabilité administrative et une clarification du rôle de l'État « bouc émissaire commode »²⁹⁶⁵ dans la gestion du risque technologique. En reportant la responsabilité du risque sur celui qui est supposée l'assumer en premier lieu, il en résulterait une juste redistribution du risque et un signalement clair, sans l'interférence d'un autre facteur, des limites dans lesquelles il serait tenu d'agir pour prévenir le risque technologique, et ce en faveur du respect de la liberté d'agir de chacun. Surtout, son apport sur ce point ne se limiterait pas au droit interne. La règle de responsabilité permettrait de répondre à l'appel de la Commission du droit international, préoccupée de longue date par la question des dommages transfrontières causés par les activités à risque, mais néanmoins consciente de la difficulté de la difficulté d'intégrer la question au sein d'une responsabilité interétatique. En visant les exploitants d'activités à risque susceptible de causer les dommages par-delà les frontières, comme cela pourrait être le cas des activités de fusion nucléaire, la règle de responsabilité participerait ainsi au développement du droit international public.

Cela étant dit, et comme nous l'avons annoncé dès l'introduction de ce *Titre*, le particularisme technologique peut être source de difficultés. Après avoir exposé avec optimisme tous les apports que représenterait la consécration d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque, on ne saurait en éluder les obstacles potentiels. Ce sera l'objet de nos prochains développements.

²⁹⁶⁵ H. BELRHALI, « La responsabilité administrative ici et ailleurs : passerelles, clefs et pistes », *op. cit.*, p. 571

CHAPITRE 2

LES CONTRAINTES DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ

661. Le difficile passage du « voulu » au « possible ». Du *Chapitre* qui précède celui que nous entamons, il est apparu l'apport certain que constituerait une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable au risque de fusion nucléaire. Facteur d'une restauration des fonctions de la responsabilité civile et d'une consolidation corollaire des responsabilités étatiques, la voie semble bien ouverte pour sa reconnaissance et l'on pourrait ainsi se questionner sur les raisons pour lesquelles un tel projet n'a jamais abouti. La réponse se trouvera dans le propos qui suit. En effet, il est une chose que de considérer l'apport que constitue une règle de responsabilité du fait des activités à risque. Il en est une autre d'arriver à la formuler lorsque doivent être prises en compte les exigences qu'elle suppose, notamment un champ d'application suffisamment englobant pour permettre de réceptionner les évolutions technologiques telle que la fusion nucléaire et, dans le même temps, la garantie d'une réparation prompte et efficace. Dans le cadre des travaux entrepris par la Commission du droit international, cette dernière s'était par exemple toujours refusée à établir une liste d'activités à risque considérant qu'elle ne serait pas « fonctionnellement essentielle » et qu'elle « risquait d'être incomplète et de devenir rapidement obsolète du fait du développement technologique constant »²⁹⁶⁶. L'on ne peut qu'adhérer à cette vision parce qu'elle a constitué un argument fort en faveur de l'influence de la règle de responsabilité sur le droit à réparation des victimes d'activités à risque²⁹⁶⁷. Le problème étant que cette indétermination – si elle est possible dans le cadre de l'établissement de directives dont la mise en œuvre sera ensuite laissée aux États – devient source de difficulté lorsque vient le moment de construire le régime. Tel est le cas, par exemple, de l'assurance obligatoire. Bien que constituant un outil « indispensable »²⁹⁶⁸ – et ce autant pour la poursuite des fonctions préventive et réparatrice de la règle de responsabilité que pour autoriser le renforcement corollaire de la responsabilité administrative et le développement du droit international – elle heurte intrinsèquement l'idée d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque au champ d'application évolutif. Tel est également le cas de la limitation du *quantum* de la responsabilité qui, bien que souvent posé comme un prérequis favorisant la couverture du risque, constitue également un argument d'équilibre des intérêts susceptible de justifier la discontinuité là où l'on chercherait l'uniformité. Toutes les activités ne sont pas susceptibles de bénéficier à la communauté dans les mêmes proportions. Ici apparaît donc des éléments susceptibles de matérialiser le gap existant entre le « voulu » et le « possible », entre les principes et leur application, et dont il s'agira de constater les contraintes qu'ils constituent pour

²⁹⁶⁶ CDI, « Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, principe 1, comm. § 3 et dans le même sens « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-neuvième session », *op. cit.*, p. 46, § 156 ; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarantième session », *op. cit.*, p. 9, §§ 23, 32 ou et « Quatrième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, p. 254, § 6.

²⁹⁶⁷ Voy. *supra* Chapitre 1, § 2.

²⁹⁶⁸ CDI, « Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, comm. sous principe 3, p. 85, § 30.

l'établissement d'une règle de responsabilité applicable aux activités de fusion et, par derrière elle, les activités à risque nouvelles ou ignorées des droits spéciaux.

662. Plan. Parce qu'elle constitue ainsi la matérialisation parfaite du gap existant entre le voulu et le réel, c'est par le prisme de cette obligation d'assurance que sera introduit notre propos visant à identifier les contraintes réelles d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque. En effet, une fois admis que l'assurance obligatoire constitue une exigence de la garantie de la réparation présentant des contreparties non négligeables eu égard aux fonctions poursuivies par la règle de responsabilité (*Section 1*), il sera plus aisé de comprendre la difficulté que peut susciter en elle-même l'étendue de la réparation dans ce domaine (*Section 2*).

SECTION 1. LES EXIGENCES DOMINANT LA GARANTIE DE LA RÉPARATION

663. La tentation de l'assurance obligatoire. Dans la perspective d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque, et outre le recours à d'autres mécanismes de garantie financière, l'assurance de responsabilité est amenée à tenir un rôle fondamental. Outre sa dimension préventive forte²⁹⁶⁹, elle est en effet apparue comme un outil indispensable à l'effectivité de la réparation et un moyen de tempérer la rigueur de la responsabilité *même sans faute*. Pour cela, elle est souvent posée comme l'une des conditions *sine qua non* d'un régime de responsabilité du fait des activités à risque. Cependant, si la réflexion accompagnant la construction de la règle de responsabilité ne peut s'opérer abstraction faite de celle-ci, le lien unissant l'assurance et la responsabilité révèle des écueils certains. Arrivé au stade de cette étude, et compte tenu de l'ensemble des développements jusqu'ici tenus, la tentation serait, en effet, grande de vouloir accompagner la règle de responsabilité *même sans faute même assurée* d'une obligation d'assurance (ou autre constitution de garantie financière).

Comme Denis KESSLER considérant que le danger de non-assurabilité de certains risques constitue un danger équivalent à la non-assurance de certains autres²⁹⁷⁰, les débats relatifs à l'article 1362 du Projet CATALA, destiné à instaurer une règle de responsabilité du fait des activités anormalement dangereuses, en apporte le témoignage. À l'analyse de ce texte, les liens étroits avec les règles de responsabilité énoncées au sein des différents régimes spéciaux, au premier rang desquels le régime de responsabilité civile nucléaire, avaient en effet été mis en exergue. Il avait néanmoins été souligné que la ressemblance ne devait pas masquer ce qui distinguait clairement cette règle supposée de droit commun avec ces derniers. Pour la nouvelle règle de responsabilité proposée, nulle obligation d'assurance ne pesait sur l'exploitant²⁹⁷¹. Dès lors, d'aucuns avaient considéré le caractère somme

²⁹⁶⁹ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1.

²⁹⁷⁰ Voy. D. KESSLER, « Le marché de l'assurance des risques en 1993 », *Risques*, n° 13, 1993, p. 18

²⁹⁷¹ Voy. sur ce point A. GUÉGAN-LÉCUYER, « La place de la responsabilité objective. Fait des choses/fait des activités dangereuses en droit français » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IRJS Editions, 2012, p. 234 : « à l'analyse de ce texte, une chose mérite d'emblée d'être soulignée. Il s'agit de ses liens étroits avec les règles de responsabilité civile telles qu'elles sont énoncées au sein des différents régimes spéciaux de responsabilité civile [...]. Une telle ressemblance ne doit cependant pas masquer la différence essentielle qui distingue les deux types de règles, droit commun d'un côté et droit spécial de l'autre, à savoir l'obligation d'assurance [...]. Pour la nouvelle règle de responsabilité de droit commun proposée, nulle obligation d'assurance ne pèse sur l'exploitant ».

toute « illusoire »²⁹⁷² de ce texte destiné à mettre à la charge d'une personne de tels dommages sans obliger le recours à cette « technologie juridique »²⁹⁷³. Il faut dire que le débat est déjà bien ouvert à l'égard des dommages résultant de l'exploitation d'installations classées²⁹⁷⁴, quand la France connaît déjà un grand nombre d'assurances obligatoires et que l'idée s'y trouve véhiculée que l'obligation d'assurance « participe à l'acte de solidarité »²⁹⁷⁵. Il faut pourtant se garder de s'empresse d'accompagner la règle de responsabilité d'une obligation d'assurance. Cela a peu à voir avec le fait qu'une obligation d'assurance puisse inspirer une responsabilité limitée dans son *quantum*. Nous avons bien constaté, lors de l'étude de l'adaptation des montants de responsabilité du régime de responsabilité civile nucléaire à l'exploitation de la fusion, que ces mécanismes, bien qu'étroitement liés, pouvaient *théoriquement* obéir à des limites distinctes²⁹⁷⁶.

664. Plan. Outre l'ambivalence que suscite l'assurance obligatoire en elle-même vis-à-vis des fonctions poursuivies par la règle de responsabilité même sans faute (§ 1), il s'agira surtout d'envisager les contreparties qu'elle impose vis-à-vis de la règle de responsabilité recherchée (§ 2).

§ 1. L'ambivalence *per se* du recours à l'assurance obligatoire

665. Plan. Il peut certainement paraître surprenant de considérer que l'obligation d'assurance puisse nuire à l'effectivité de la règle de responsabilité. A bien des égards, l'obligation d'assurance confère de nombreux avantages (A.). Ces derniers paraissent pourtant pouvoir être relativisés sur le même terrain que les inconvénients qu'elle présente (B.).

A. Les avantages de l'obligation d'assurance

666. Plan. Rendre obligatoire l'assurance de responsabilité présenterait *a priori* plusieurs avantages directs, lesquels résultent aussi bien de l'influence de cette obligation sur le mécanisme assurantiel (1.) que de son influence sur le principe de la responsabilité de l'exploitant (2.).

1. Une obligation influençant le mécanisme assurantiel

667. Les conséquences d'une obligation sur le secteur assurantiel. S'il est généralement attribué à l'obligation d'assurance le bénéfice de sécuriser la situation des victimes, les avantages qu'elle confère

²⁹⁷² Voy. les mots de Matthieu POUMARÈDE rapportés in Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile par Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE*, n°558, 15 juillet 2009, p. 55.

²⁹⁷³ Ce terme est emprunté à F. EWALD, *L'État Providence*, *op. cit.*, pp. 356, 392.

²⁹⁷⁴ On pourra ainsi faire référence aux débats ayant accompagné la responsabilité environnementale : voy. notamment M. SOUSSE, « De la responsabilité environnementale », *Environnement*, n°11, novembre 2008, étude 12. Mais surtout ceux ayant suivi l'explosion de l'usine AZF : F. LOOS, J. Y. LE DEAUT, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles*, Ass. nat. N°3359, janvier 2002, t.1, p. 136 ; t. 2, p. 161 ; FFSA, « Un an après la catastrophe de Toulouse : l'expérience et les propositions de la FFSA », *Rapport du 13 septembre 2002*, p. 20 ; Sénat, *Travaux parlementaire de la loi du 31 juillet 2003 sur la prévention des risques technologiques et naturels et sur la réparation des dommages*, séance au Sénat, 5 février 2003, p. 664. Aujourd'hui, on notera toutefois que les installations classées ne sont toujours pas soumises à une obligation d'assurance de responsabilité *stricto sensu*. Cette obligation ne vise bien souvent qu'à couvrir leur potentielle insolvabilité dans le cadre de leur obligation environnementale, notamment en vue d'une remise en état, mais n'a pas vocation à couvrir « les indemnisations dues par l'exploitant aux tiers par fait de pollution ou d'accident causé par l'installation » : voy. *Code de l'environnement*, art. L512-21, art. L516-1 et art. R.526-1. Seul l'article L552-1 ouvre la voie à cette obligation, mais les décrets relatifs à cet article n'ont jamais été publiés si bien qu'il est délicat d'en apprécier la portée.

²⁹⁷⁵ B. FOUSSAT, « La solidarité et les assurances obligatoires », *RGDA*, 2002, p. 842 et dans le même sens CE, « Responsabilité et socialisation du risque », *op. cit.*, pp. 242 et ss.

²⁹⁷⁶ Voy. *supra* Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2.

s'observent également dans sa dimension préventive. D'une part, il paraît évident que si l'assurance était facultative, la réalité des avantages qu'elle présente tant à l'égard de sa dimension préventive et indemnitaire ne serait conditionnée que par le choix du responsable d'y souscrire et ainsi assurer sa solvabilité. D'autre part, l'absence d'obligation d'assurance peut contribuer à son insuffisance. Plus exactement, elle peut contribuer à l'immaturation de son marché pour réceptionner le risque lié à l'exploitation de certaines activités nouvelles, comme cela sera le cas des activités de fusion. Ainsi, rendre obligatoire l'assurance de responsabilité présente l'avantage d'améliorer la prise en charge de certains risques. Elle permet économiquement d'augmenter la masse des assurés, *id.* les exploitants d'activité à risque, et donc la masse des primes, et d'accroître les capacités du marché. À l'égard d'un marché réticent aux risques nouveaux ou pour lesquels il n'existerait pas de mutualité large, l'obligation d'assurance apparaît donc comme le moyen d'empêcher toute sélection par l'assureur des risques qu'il juge mauvais et de repousser les limites de l'assurabilité²⁹⁷⁷. Sur ce point, le régime de responsabilité civile nucléaire en a constitué un exemple manifeste : l'obligation d'assurance a rendu un risque, *a priori* inassurable, assurable. L'assurance obligatoire peut donc en elle-même, par l'effet de la contrainte, jouer un rôle moteur²⁹⁷⁸.

668. Le résultat de l'évolution assurantielle sur la responsabilité. La suite se devine alors aisément. Si l'accès à l'assurance permet de garantir la solvabilité des exploitants, l'augmentation du seuil de l'assurabilité permet d'en garantir proportionnellement la fonction réparatrice et préventive. Outre une augmentation des montants disponibles et de la différence entre le coût de l'assurance et de la prévention vis-à-vis des exploitants, elle permet en effet aux assureurs d'accéder à une meilleure connaissance des risques en favorisant l'élaboration de statistiques. Il en ressort une meilleure appréhension des risques et donc un renforcement de leur politique préventive. Par ailleurs, indépendamment de l'incitation opérée par le mécanisme assurantiel, l'obligation d'assurance permet de conférer à la responsabilité *même sans faute* un effet singulier.

2. Une obligation influençant la responsabilité des exploitants

669. Un renforcement volontariste des fonctions de la responsabilité même sans faute. Lorsque l'assurance est obligatoire, deux effets supplémentaires lui sont en effet attachés. Le premier – jouant sur la dimension volontariste de la responsabilité *même sans faute* – impose de considérer l'hypothèse dans laquelle l'incitation provoquée par la responsabilité *même sans faute* pourrait ne pas suffire à convaincre l'exploitant de s'assurer ou de constituer toute autre garantie assurant sa solvabilité. Il a été effectivement vu *supra* que la dimension préventive de la responsabilité *même sans faute* pourrait

²⁹⁷⁷ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.* p. 314 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 157-159 ; « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *JCP*, 1996, I, 3900 ; G. J. MARTIN, « Responsabilité et assurance », *Gaz. Pal.*, 2001, p. 911.

²⁹⁷⁸ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2 et sur cette question FFSA, *Livre blanc de la Fédération française de l'assurance sur l'assurance de responsabilité civile*, 2000, p. 15 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 524 ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, pp. 98-99 ; P. VAILLIER, *Les limites de l'assurance*, Paris, Assurance française, 2001, 328 p. ; L. MAYAUX, « Aspect juridique de l'assurabilité », *Risques*, vol. 54, 2003, pp. 67-73 ; H. COUSY, « La fin de l'assurance ? Considération sur le domaine propre de l'assurance privée et ses frontières » in *Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, *op. cit.*, p. 111 ; P. PICARD, « Les limites de l'assurabilité », *Risque*, vol. 54, 2003, pp. 65-66 et plus généralement V. SANSEVERINO GODFRIN, *L'État, les compagnies d'assurances et les risques majeurs*, thèse, Nice, 1996, 355 p.

se heurter à l'hypothèse dans laquelle le responsable présenterait une propension pour le risque, entraînant dès lors une garantie somme toute relative de son efficacité²⁹⁷⁹. L'intérêt principal de l'assurance obligatoire réside donc dans la possibilité de sanctionner pénalement ou civilement l'absence d'assurance indépendamment de la réalisation tout dommage²⁹⁸⁰. En tant que condition *sine qua non* de l'autorisation de l'exploitation de l'activité à risque – et non le facteur de l'identification du responsable²⁹⁸¹ –, elle permettrait ainsi de renforcer la responsabilité dans sa dimension préventive et réparatrice (*indemnitaire*). Le second effet concerne l'aspect davantage répressif de la règle.

670. Une fonction répressive additionnelle de la responsabilité même sans faute. Il a été affirmé précédemment que dans le cas d'une insolvabilité de l'exploitant, la faute présenterait un volet préventif plus important que la responsabilité objective. Or, à cet égard, l'obligation d'assurance influe également – bien qu'au préjudice de la réparation indemnitaire. En cas de dommages occasionnés par une activité à risque, la réparation sera en effet à la charge du patrimoine individuel de l'exploitant qui aurait dû souscrire une assurance. Nonobstant, la victime n'en demeurera pas moins fondée à demander la réparation de son préjudice : « la légitimité de sa demande ne présente[rait] aucune particularité, la couverture des risques ayant été conçue au travers d'un élément principal – la responsabilité civile – relayé par un élément accessoire – l'assurance »²⁹⁸². Le principal restera ainsi valable : la responsabilité civile autorisera la victime à demander réparation. Il y aura cependant dans le même temps la sanction d'une faute constituée par la transgression d'une norme juridique obligatoire : celle de ne pas s'être conformé à la disposition légale. Autrement dit, l'exploitant qui devra, sur ses deniers personnels, participer à la réparation du dommage ne payera que le prix pour la faute commise, caractérisée par la transgression d'une obligation légale.

Alors, certes, la consécration de l'assurance obligatoire ne permet toutefois pas d'apporter d'explication quant au critère de désignation du responsable, lequel ressort de la règle de responsabilité *stricto sensu*. Même « enrichie » par cette obligation, la responsabilité *même sans faute* suppose toujours une explication autre que celle qui consiste à considérer que « par principe, c'est au responsable non fautif de supporter la réparation [...] que c'est lui faire une faveur que de l'autoriser [l'obliger] à s'assurer »²⁹⁸³. L'assurance participerait néanmoins à garantir l'effectivité de la règle de responsabilité. Spécifiquement, le fait d'associer une assurance obligatoire à la règle de responsabilité permettrait à cette dernière de voir restaurer « son image de mécanisme utile face aux comportements nuisibles » et répondrait aux critiques de ceux pour qui l'assurance ne peut contribuer à la fonction préventive de la responsabilité *même sans faute* parce qu'elle n'est « exercée que par le biais de techniques propres au cadre des relations contractuelles »²⁹⁸⁴. À ce stade, rien ne s'opposerait donc à l'instauration d'une assurance obligatoire. Il faut toutefois se défier des apparences.

²⁹⁷⁹ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

²⁹⁸⁰ Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, pp. 15, 717 ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, pp. 260 et ss ; A-T. LEMASSON, « Réflexion générale sur le droit commun de l'assurance obligatoire », *RGDA*, 2011, pp. 455-456.

²⁹⁸¹ Et ce afin de ne pas tomber dans les travers du régime de responsabilité civile nucléaire.

²⁹⁸² C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, p. 37.

²⁹⁸³ *Ibid.*, pp. 37-38.

²⁹⁸⁴ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 187.

B. Les limites de l'obligation d'assurance

671. Les arguments formulés à l'encontre de l'assurance obligatoire. Remarquant que « les assureurs n'ont jamais été demandeurs ni devant le Parlement, ni devant les ordres professionnels concernés pour l'institution de l'assurance obligatoire de responsabilité civile »²⁹⁸⁵, voire s'y sont montrés hostiles²⁹⁸⁶, Geneviève VINEY s'est interrogée sur le caractère paradoxal de cette position à l'égard de réformes dont l'objet aurait justement consisté à élargir leur clientèle potentielle. Bien que favorable à l'institution d'une assurance obligatoire, elle questionne la possibilité que l'assurance « présente des dangers pour l'intérêt général »²⁹⁸⁷. Les critiques adressées par les assureurs à l'encontre de l'obligation d'assurance s'avèrent en effet relativement variées. Au cœur de leurs préoccupations, on retrouve ainsi la crainte d'une augmentation libérale des juges dans l'octroi des dommages et intérêts, mais surtout celle d'une « déresponsabilisation » liée à un relâchement des conduites individuelles²⁹⁸⁸. N'ayant pas l'exclusivité des assureurs, cette critique a également été formulée par une partie de la doctrine pour qui l'obligation d'assurance pourrait « supprimer l'aspect individuel de la prévoyance attaché à la faculté d'assurance et mettre à mal moralité et prévention »²⁹⁸⁹. Or cet argument peut encore être renforcé quand il est révélé son *janus bifrons* : le droit à l'assurance.

Si l'enseignement habituel réitère l'idée selon laquelle le contrat d'assurance, même en constituant un contrat d'adhésion, obéit au principe de liberté contractuelle, l'assurance obligatoire en est une exception certaine. La protection des victimes étant apparue comme un objectif d'utilité sociale supérieur au maintien de toute liberté contractuelle, l'assurance obligatoire a légitimement constitué une atteinte à cette liberté contractuelle. Mais cette atteinte ne s'est pas limitée à la personne de l'assuré. En la matière, la liberté de contracter de l'assureur s'est également trouvée limitée « par l'obligation légale qui lui est faite de conclure ou de maintenir un contrat couvrant le risque obligatoire »²⁹⁹⁰. En d'autres termes, l'obligation de s'assurer a imposé corrélativement l'obligation d'assurer. Il en a ainsi résulté la consécration progressive « d'un droit à l'assurance »²⁹⁹¹ en vertu duquel tout candidat à l'assurance obligatoire a droit à ce qu'un assureur lui offre sa couverture, mais auquel s'est ajoutée une obligation de le faire selon des conditions définies par le pouvoir législatif ou réglementaire. Pour s'assurer du fait que cette obligation d'assurance ne reste pas une « coquille vide »²⁹⁹², c'est-à-dire une « assurance purement théorique donnant à l'assuré une fausse sécurité »²⁹⁹³, le législateur n'a en effet pas hésité à déterminer les contours de la garantie, influant sur ses tarifs, sa

²⁹⁸⁵ J. DEPRIMOZ, *RGAT*, 1974, p. 158

²⁹⁸⁶ Voy. J.-M. VIDAL, « Les assurances obligatoires », *Risques*, vol. 15, 1993, p. 159.

²⁹⁸⁷ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 157

²⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 157 ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., p. 259.

²⁹⁸⁹ P. VAILLIER, *Les limites de l'assurance*, op. cit., n°422.

²⁹⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1982, n°81-10335, *Bull. civ. I*, n°179 et sur cette question de l'entrave à la liberté contractuelle Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., p. 15 et A.-T. LEMASSON, « Réflexion générale sur le droit commun de l'assurance obligatoire », op. cit., pp. 423 et ss.

²⁹⁹¹ G. DURRY, « La solidarité et le Bureau central de Tarification », *RGDA*, vol. 3, 2002, p. 846

²⁹⁹² J. KULLMANN, « Technique juridique des assurances obligatoires », *Risques*, vol. 12, 1992, p. 79.

²⁹⁹³ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 158

durée ou sur les conditions de la couverture du risque²⁹⁹⁴. L'idée consistait alors à ne pas laisser sur le « bord de la route »²⁹⁹⁵ le proposant qui ne parviendrait pas à obtenir la garantie de « mauvais risques » sauf à accepter « des conditions draconiennes »²⁹⁹⁶. Cependant, cette évolution présenterait intrinsèquement le risque d'annihiler toute la dimension régulatrice et incitative de la pratique assurantielle.

D'une part, elle débiliterait l'initiative de prévention du responsable potentiel lequel n'a pas à convaincre l'assureur de lui offrir sa garantie. D'autre part, elle réduirait au minimum l'influence de l'assureur et l'empêche d'opérer un tri entre les risques et d'écarter ceux qu'ils jugent être de « mauvais risques ». Or, au sein d'une société appelant une régression des risques, il conviendrait peut-être de repenser cette participation de l'assurance au tri des « activités désirables » et au maintien des limites de l'assurabilité lesquelles constituent le critère de « raisonabilité » de « l'humanité »²⁹⁹⁷. Cela ne signifie pas qu'il faille dénier tout avantage au progrès. Cela ne signifie pas non plus qu'il faille, en écho à Hugo BARBIER, prendre le risque de renoncer à ne plus prendre de risques²⁹⁹⁸. Simplement, la question devrait se poser avec acuité de savoir quels sont les risques auxquels l'on peut encore légitimement accepter de confronter les individus. Elle était du moins celle de Melchior WATHELET à propos des activités à risque « catastrophique » :

« [e]t je me pose alors la question de savoir si, en fonction d'un risque à ce point énorme, nous ne devons pas — au lieu de nous pencher sur les techniques de réparation — nous demander plutôt si elle sera encore possible, quelles que soient les techniques [...]. Autrement dit, même l'assurance devra déclarer forfait, le jour où ne serons plus raisonnables [...]. Parce que le responsable [...] c'est finalement aussi chaque homme et chaque femme. Parce que nous avons perdu — en partie du moins — la conscience de notre fragilité, de la fragilité de la vie [...]. "Sauve qui peut la vie", c'est la réserve d'ordre éthique qui nous pousse à refuser toute pertinence au concept de prix de la vie »²⁹⁹⁹.

672. Les contre-arguments aux limites de l'assurance obligatoire. On trouvera de nouveau des arguments objectant cette vision. D'aucuns pourraient considérer qu'il pourrait être une obligation d'assurance sans obligation d'assurer, une hypothèse que nous ne rejetons effectivement pas. D'autres pourraient effectivement souligner « qu'un mauvais risque, aux yeux de l'assureur, n'est pas forcément celui qui menace le plus, de même qu'un bon risque peut-être en fait irréparable »³⁰⁰⁰. Ils pourront de même considérer qu'il est des risques désirables constituant des « mauvais risques » pour

²⁹⁹⁴ Il en résulterait ainsi une sanction du non-respect de ces garanties minimales par l'assureur car la limitation serait illicite et réputée non-écrite, obligeant l'assureur à couvrir le risque : voy. Cass. civ. 1, 25 mai 1992, n°89-18.923, *Bull. civ. I*, n°151, p. 103 ou Cass. civ. 3., 18 juin 1992, n°89-19.716, *Bull. civ. III* n°208, p. 126 et plus généralement les jurisprudences citées par l'auteur à la note 683. L'assureur est lui-même tenu, sous peine d'engager sa responsabilité, de prendre en charge les risques qui lui sont proposés, les clauses ne respectant pas ce principe étant frappées de nullité : voy. Cass. Civ. 1, 20 octobre 2013, n°12-20.501, *Inédit* et G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p. 158 et plus généralement G. COURTIEU, A. FAVRE-ROCHEX, *Le droit des assurances obligatoires*, Paris, LGDJ, 2000, 350 p.

²⁹⁹⁵ M. ROBINEAU, *Contribution au système responsabilité*, *op. cit.*, p. 259

²⁹⁹⁶ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p. 158.

²⁹⁹⁷ Voy. M. WATHELET, « Les préoccupations de l'homme politique », *op. cit.*, p. 12 rapportant les mots du représentant Munchener Rück déjà cités en première partie : « L'assurance trouve logiquement ses limites au moment où l'humanité ne dispose plus de la capacité de régler les problèmes de son existence...raisonnablement ». Sur un constat plus nuancé à l'endroit du « forçage juridique » voy. notamment L. MAYAUX, « Aspect juridique de l'assurabilité », *op. cit.*, pp. 72-73

²⁹⁹⁸ Voy. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, 620 p. pour qui le plus grand risque consisterait finalement à ne plus prendre de risque.

²⁹⁹⁹ M. WATHELET, « Les préoccupations de l'homme politique », *op. cit.*, p. 12-13.

³⁰⁰⁰ A. ROUYÈRE, « La responsabilité civile en matière de risque sanitaire. Audace et concessions des textes européens », *REDE*, 1998, p. 407.

les assureurs, et à l'égard desquels l'assurance obligatoire constituerait alors un moyen d'augmenter l'utilité des activités poursuivies par certains, notamment ceux présentant une aversion alors pour le risque³⁰⁰¹. Tel pourrait ainsi être le cas du risque nucléaire de fusion, risque nouveau, difficilement assurable, et pourtant non dénué de tout intérêt aux yeux de ce qui voudront la promouvoir. Certains pourront s'en référer à cette « contrevérité délibérément entretenue »³⁰⁰² des assureurs à considérer certains risques comme étant inassurables. Quelques-uns pourraient encore arguer que la sélection des activités doit incomber à la puissance publique en raison des obligations de prévention lui incombant, tout en ajoutant que, dans la réalité des choses, les assureurs parviennent toujours à faire entendre leurs voix : une hypothèse que le régime de responsabilité civile nucléaire a également permis d'affirmer³⁰⁰³. Enfin, et surtout, il pourrait être considéré que si l'obligation d'assurance annihile toute dimension préventive à la responsabilité, l'absence d'assurance obligatoire ne saurait pas plus la justifier. En effet, quoique la responsabilité *même sans faute* puisse certainement inciter à l'assurance et donc permettre de faire jouer ses politiques préventives³⁰⁰⁴, cette incitation pourrait être insuffisante à réceptionner le cas de celui qui, présentant une aversion pour le risque, poursuivrait son activité sans assurance, de telle manière que l'assurance (volontaire) ne pourrait plus intervenir ni comme un élément régulateur de sa démarche de prévention ni comme une garantie de sa solvabilité vis-à-vis des victimes ni comme un élément de répression *ex ante*.

673. Conclusion du §. Ce premier § a déjà pu montrer l'ambivalence de l'obligation d'assurance eu égard à l'ambivalence de son influence directe sur la responsabilité *même sans faute*, notamment à l'égard de sa fonction préventive. D'un côté, associée à une obligation réciproque d'assurer, l'assurance obligatoire pourrait faire perdre à la responsabilité son effet incitatif et priver les assureurs de leur compétence à sélectionner entre les bons et les mauvais risques. D'un autre côté, l'assurance obligatoire du risque présenterait l'avantage de favoriser l'assurabilité de certains risques nouveaux à l'instar du risque de fusion nucléaire, en sus de conférer paradoxalement à la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant une dimension préventive volontariste. Dès lors, il ne s'agira pas d'alimenter un débat auquel nous ne pouvons, en réalité, apporter aucune réponse. Parce que le but premier de

³⁰⁰¹ Voy. M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., pp. 49 et 94 ; S. GILLES, "Rule-Based Negligence and the Regulation of Activity Levels", *Journal of Legal Studies*, 1992, vol. 22, p. 319.

³⁰⁰² K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, op. cit., p. 168 empruntant la formule à A. VIALARD, « De quelques enseignements de l'Erika » in *Études de droit maritime à l'aube du XXIème siècle, Mélanges offert à Pierre Bonnessies*, Paris, Moreux, 2001, p. 419.

³⁰⁰³ Voy. *supra* Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

³⁰⁰⁴ En effet il existe une interaction entre la responsabilité *même sans faute* et l'assurance de responsabilité. Arrivé à ce stade de l'étude, on sait en effet qu'en étant à la fois instrument de limitation et de légitimation, l'assurance de responsabilité a indéniablement influé sur les régimes de responsabilité *même sans faute*. Mais, progressivement, à l'effet de l'assurance sur la responsabilité *même sans faute* aurait répondu un effet de l'assurance de responsabilité, commandant la formulation de la question suivante : « la reconnaissance d'une responsabilité sans faute ne conduit-elle pas à créer une obligation de s'assurer ? ». Certes, lorsque l'assurance n'est pas obligatoire, le défaut d'assurance ne peut en lui-même être sanctionné sur le terrain d'une action que l'on pourrait rapprocher de l'action préventive. En cas de dommage, il n'y aurait plus violation d'une norme obligatoire susceptible de caractériser l'existence d'une faute imputable au responsable, et légitimant le poids de la réparation attribué à ce dernier. Pourtant, le résultat est similaire, car l'alternative proposée au responsable est finalement bien réduite. En effet, « [qu'il] contracte une assurance, et la responsabilité sans faute sera presque sans douleur, qu'il refuse et il prend le risque de supporter une charge dont on ne peut même plus dire qu'elle est sans commune mesure avec sa faute cause du dommage et qui s'apparente à une sanction ». Aussi, même en présence de la liberté de s'assurer, on est conduit à « considérer qu'il y a quelque chose de répréhensible à ne pas être assuré ». Dès lors, le responsable (*a priori* sans faute) serait en réalité responsable d'une faute : celle de son « imprudence », de son manque de « précaution », voire de la violation « d'une norme » née de l'expectative d'un comportement et pouvant être rattachée aux « devoirs extracontractuels qui ne sont explicités par aucune norme écrite » tels que décrits par d'aucuns : C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, op. cit., pp. 36-38 et rapprochez G. VINEY, F. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., p. 457 ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., p. 164.

notre démarche reste l'institution d'une règle de responsabilité même sans faute permettant d'organiser la réparation des dommages résultant de l'exploitation d'activités à risque nouvelles, ce seul objectif doit guider notre propos. Dès lors, si la question de l'assurance obligatoire doit être envisagée, c'est principalement eu égard à son influence sur la règle de responsabilité appelée de nos vœux. Or à cet égard, il nous sera permis d'admettre que l'assurance obligatoire présente des contreparties certaines. Tel est du moins ce qui sera démontré par le propos suivant.

§ 2. Les contreparties du recours à l'assurance obligatoire

674. Le « coût » de l'obligation d'assurance. Étant admis la prémisse selon laquelle le fait d'associer une assurance obligatoire à une responsabilité *même sans faute* montre une portée incertaine, il reste surtout à démontrer qu'une telle association ne peut se faire qu'au prix du respect de certaines exigences. Consacrer le couple responsabilité *même sans faute* et assurance obligatoire, et *mutatis mutandis* toute autre obligation de garantie financière³⁰⁰⁵, commanderait, selon le lieu commun, de pouvoir identifier *a priori* et avec certitude le souscripteur, le même, en principe, que celui dont la responsabilité sera engagée. Aucun doute ne devrait ainsi planer sur cette désignation, « sous peine d'un double effet pervers : l'absence de souscription d'une assurance et la souscription d'une assurance inutile »³⁰⁰⁶. À cet égard, le recours au principe de canalisation constitue donc une alternative très satisfaisante. Bien qu'ayant fait l'objet de critiques dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire³⁰⁰⁷ et quoiqu'il puisse parfois donner le sentiment de priver les victimes d'une vraie réparation morale³⁰⁰⁸, ce mécanisme reste néanmoins doté d'une utilité procédurale certaine et surtout d'une dimension préventive forte. L'on peut d'ailleurs douter, à ce titre, qu'il constitue une contrepartie unique de l'obligation de garantie financière. Même dans l'hypothèse où une telle obligation serait exclue, la canalisation pourrait lui subsister. En revanche, le couple responsabilité *même sans faute même canalisée* et assurance obligatoire commande une seconde condition, qui suscite davantage de difficultés dans le cadre de notre propos : l'identification *a priori* de l'exploitant et, par ricochet, de l'activité dont le risque réalisé justifiera l'application de la règle de responsabilité.

675. Plan. Pour cela, il s'agira d'envisager l'opportunité de ces deux contreparties, c'est-à-dire, d'une part, la responsabilité canalisée de l'exploitant (A.) et, d'autre part, la délimitation préalable des activités concernées par la règle de responsabilité (B.).

A. Une contrepartie discutable : l'établissement d'une responsabilité canalisée

676. La vocation réparatrice ambivalente du principe de canalisation. Le principe de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une activité à risque est un principe que l'on retrouve au sein de nombreux régimes spéciaux en grande partie inspirés du régime de responsabilité civile nucléaire,

³⁰⁰⁵ Si la couverture de la responsabilité constitue une « fonction naturelle » de l'assurance, l'obligation de recourir à des garanties financières ne doit pas être exclue, bien que présentant une efficacité moindre : voy. *supra* note n°1828.

³⁰⁰⁶ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, p. 56.

³⁰⁰⁷ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

³⁰⁰⁸ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

ainsi qu'au sein des droits étrangers ayant fait le choix d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque³⁰⁰⁹. Il est représenté comme doté de plusieurs avantages, comme en a témoigné l'étude opérée en première partie³⁰¹⁰. Dans son acceptation commune, le principe rencontrerait ainsi la volonté d'améliorer la réparation des victimes, car celles-ci ont la possibilité de s'adresser à un responsable aisément identifiable et solvable. C'est là un constat qu'il nous est néanmoins possible de relativiser. Outre qu'il puisse montrer une certaine limite du point de vue de la réparation morale, il en serait de même pour ce qui concerne sa vocation à l'assurabilité.

677. Plan. Cela étant, il mérite qu'on y apporte une attention quand, contrepartie supposée inévitable de l'obligation d'assurance, le principe de canalisation présente en fait une dimension préventive intrinsèque (1.) dont le principal défaut demeure son absence de fondement de *lege lata* (2.).

1. L'intérêt du principe de canalisation

678. Les limites de l'argument relatif à l'assurabilité du risque. Dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, le principe de canalisation a principalement été présenté comme une aide à l'assurabilité, et donc à la solvabilité de l'exploitant responsable. En ramenant les activités de plusieurs responsables potentiels à un seul risque, il faciliterait l'évaluation du risque ainsi que sa couverture par les compagnies d'assurance ou tout autre mécanisme de garantie financière³⁰¹¹. Cela étant, l'on sait que cet argument a pu faire l'objet de contestations. Plutôt que de voir la contrainte que représenterait le fait, pour les assureurs, de maintenir une couverture assurantielle sur la tête de chacun des acteurs de l'industrie nucléaire, d'aucuns ont vu dans ce principe une renonciation à étendre la mutualité des assurés et l'introduction d'un facteur d'incertitude supplémentaire né du transfert d'un risque³⁰¹². Aussi, c'est davantage à l'aune de sa dimension préventive intrinsèque que l'on doit ici mesurer l'intérêt du principe de la canalisation, c'est-à-dire indépendamment de son influence sur la solvabilité ou sur l'impact, pour ainsi dire, psychologique qu'il pourrait avoir sur les victimes d'activité à risque.

679. La réelle fonction préventive du principe de canalisation. Parce que nous l'avons déjà évoqué en première partie de cette étude, cette affirmation d'une dimension préventive du principe de canalisation, aussi surprenante qu'elle puisse paraître, n'est pas dénuée de fondement. Assurément, l'évocation de cette dimension préventive du principe de canalisation a pu paraître surprenante dès lors que les arguments avancés à son encontre reposent justement sur ce besoin de « responsabilisation » des différents acteurs du secteur nucléaire³⁰¹³. De même, elle a pu paraître incongrue lorsque la logique du régime de responsabilité civile nucléaire tend(ait) à désigner comme responsable exclusif celui qui apparaî(ssait) le plus apte à contracter l'assurance destinée à garantir le

³⁰⁰⁹ Sur le principe de canalisation au sein des régimes spéciaux et surtout dans les droits étrangers voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 295 et ss ; G. SCHAMPS, *La mise en danger, un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, op. cit., sp. p. 921.

³⁰¹⁰ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

³⁰¹¹ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

³⁰¹² Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

³⁰¹³ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

risque. Défini comme « la personne désignée ou reconnue par l'autorité publique comme telle »³⁰¹⁴, la désignation autoritaire de ce dernier é(tait) apparue nécessaire « beaucoup moins pour dégager les autres personnes ayant eu un rôle dans la manipulation des substances radioactives que par souci d'aménager une méthode de garantie collective de cette responsabilité »³⁰¹⁵. Pour autant, et sans préjudice des faiblesses de procédé de désignation, nous nous sommes finalement gardés d'asseoir quelconques faiblesses du principe de canalisation sur ce terrain. Parce que l'exploitant s'est trouvé progressivement investi d'obligations en matière de sureté, il en a résulté un effet incitatif de la responsabilité exclusive : celui pour ce dernier d'investir dans la sécurité de son installation, dont il sera responsable dans son ensemble en raison, paradoxalement, des « immunités civiles » octroyées à ses partenaires³⁰¹⁶. En effet, le responsable que désigne la faute n'est pas toujours celui, qui, avant le dommage, se trouvait le plus apte à le prévenir. Fort d'un lien d'imputation moins artificiel, la responsabilité canalisée présenterait donc un avantage non négligeable dans le cadre d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque destinée à réceptionner le risque nucléaire de fusion, et cela au-delà de son apport (ambivalent) eu égard à l'assurabilité du risque. Plus encore, il est intéressant de relever que le principe de canalisation présenterait, en réalité, une dimension préventive renforcée en l'absence d'assurance obligatoire. Dans ce contexte, l'individu désigné comme le responsable éventuel se trouverait obligé « à faire garantir l'indemnisation par une collectivité dont il fournit la caution à la victime »³⁰¹⁷. Autrement dit, la responsabilité *même sans faute même assurée facultativement et même canalisée* obligerait le responsable désigné à rechercher l'assurance confortant dès lors l'idée apparemment « dégradante »³⁰¹⁸ et contre-intuitive de la responsabilité civile selon laquelle *les responsables, il vaut mieux les choisir que les chercher*³⁰¹⁹.

2. Les limites du principe de canalisation

680. Le constat. Cette dimension préventive du principe de canalisation ne doit cependant pas occulter son manque d'assise théorique. Rappelons, en effet, qu'en l'absence de fondement du principe, qui lui confère un caractère fondamentalement « contraire à l'équité »³⁰²⁰, la doctrine du droit nucléaire est parvenue à la conclusion selon laquelle ce dernier reposait sur des fondements économiques et pratiques³⁰²¹. Il a ainsi été présenté comme « nouvelle technique, propre au droit nucléaire, qui dépasse les frontières de toutes les théories connues jusqu'alors en droit civil »³⁰²². Le problème étant que cette ligne argumentaire ne suffirait peut-être pas, ou plus, à justifier l'exclusivité

³⁰¹⁴ Ou, dans les autres cas, « la personne qui, par décision de l'autorité publique compétente », est tenu, en vertu de la Convention, d'avoir la couverture financière nécessaire » : voy. *Convention de Paris* (1982, 2004), *op. cit.*, art. 1.a.vi) et *Convention de Vienne* (1963, 1997), art. Premier.1.c).

³⁰¹⁵ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, pp. 267 et ss, sp. 296.

³⁰¹⁶ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2, B *contra* A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 187 et M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, p. 200 pour qui les « immunités civiles » apparaissent comme un facteur de l'affaiblissement de la fonction préventive de la responsabilité.

³⁰¹⁷ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 187.

³⁰¹⁸ Nous faisons là référence à Y. LAMBERT-FAIVRE, « De la dégradation juridique des concepts de victimes et de responsables », *D.*, 1984, p. 465.

³⁰¹⁹ M. PAGNOL, *Topaze*, acte 1, scène 5.

³⁰²⁰ H. FISCHEROFF, « Essai sur une théorie juridique de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une installation nucléaire » in *Droit nucléaire européen*, Paris, PUF, 1968, p. 119.

³⁰²¹ Voy. G. ERLER, « Rapport Général » in *Droit nucléaire européen*, *op. cit.*, p. 147 et *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

³⁰²² Propos du Professeur PEROLO cités par J. BARRY, *L'énergie nucléaire face au droit*, Cours, Aix, tome II, p. 154.

de la responsabilité de l'exploitant d'une activité à risque ; cela quand bien même le principe a été transposé dans de nombreux régimes spéciaux.

681. Le problème. Dénué de tout fondement explicatif et, ainsi, orienté sur le mauvais responsable désigné, le danger se fait prégnant de provoquer la frustration des victimes et surtout que le responsable potentiel ne se voit nullement incité ou autorisé à agir. Certes, l'évolution du droit nucléaire nous a autorisé à relativiser ces critiques. Le régime de responsabilité en cas de pollution par hydrocarbures en apporte néanmoins un autre témoignage dès lors qu'en vertu des conventions, la responsabilité était canalisée sur les propriétaires de navire, plutôt que sur ceux, qui confrontés directement au risque de pollution, disposaient de la faculté de le réduire ou au mieux d'empêcher sa réalisation³⁰²³. Toutefois, si l'on admet que le choix de la personne sur laquelle la responsabilité est canalisée reflète le fondement de la règle de responsabilité et que ce dernier trouve sa source dans ses justifications et, notamment, dans les fonctions qu'elle poursuit, la recherche d'un fondement explicatif à la mobilisation du principe de canalisation, comme les modalités par lesquelles il pourrait se matérialiser aux fins de trouver une validation constitutionnelle³⁰²⁴ et de constituer un juste équilibre entre prévention et réparation (morale), doivent être reportées à des développements ultérieurs.

À ce stade, on s'en tiendra ainsi à réitérer l'idée qu'il n'est pas tout fait exact d'arguer que le principe de canalisation permet une meilleure solvabilité. Cela dépend, en réalité, de la nature du risque concerné, et surtout du coût qu'impliqueraient les conséquences de sa réalisation. Pour cela, on sera surtout autorisé à conclure que l'intérêt principal du principe de canalisation, nonobstant certaines conditions, est qu'il présente paradoxalement la particularité de favoriser l'incitation à la prévention dans le cadre de l'exploitation d'activité à risque qu'il soit *in fine* assorti ou non d'une assurance obligatoire. Ces considérations ne tranchant *in fine* que trop peu avec la conclusion qui avait été la nôtre en première partie de cette étude, il s'agira donc d'envisager la seconde contrepartie de l'obligation d'assurance laquelle pose bien plus de difficultés. Pour imposer l'assurance et pouvoir en sanctionner le défaut, il faut, en effet, encore pouvoir identifier *a priori* les activités y étant soumises. Or s'il est certain que ce sont les activités de fusion nucléaire que notre propos vise en premier, la règle recherchée ne peut s'y réduire. Elles ne sont aujourd'hui que le symptôme d'un droit malade qu'il convient d'essayer de guérir.

B. L'identification préalable stricte des activités concernées

682. Prologue : la nécessité, en toute hypothèse, d'une identification préalable du risque. Rechercher le risque *a priori* « impose d'opérer un tri au sein de la vie sociale et déterminer quels comportements, choses ou individus peuvent être considérés comme des facteurs de risque, c'est-à-dire comme des causes de dommages en puissance ». Ce tri conduit donc « inéluctablement à établir deux catégories : « ce qui est un risque et ce qui ne l'est pas »³⁰²⁵. Appliquer un tel raisonnement n'est

³⁰²³ Voy. K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, op. cit., pp. 59 et ss.

³⁰²⁴ Voy. sur la question de la constitutionnalité du principe de canalisation *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

³⁰²⁵ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 30.

pourtant pas chose aisée, les juristes de tout temps et de tous domaines s’y étant essayés sans véritable succès³⁰²⁶. Toutefois, l’objet de cette thèse commande d’y parvenir, par-delà la dimension préventive dont nous souhaitons doter la règle de responsabilité, et qui occupe particulièrement le présent propos. Certes, arguer de l’effet incitatif que provoque la responsabilité *même sans faute* et la charge de réparation en résultant ne serait que de peu d’intérêt si l’exploitant n’était pas un minimum conscient que la réalisation d’un risque pouvait effectivement lui être imputée³⁰²⁷. Cependant, imposer une détermination préalable des activités concernées par une règle de responsabilité du fait des activités à risque relève surtout d’une exigence rationnelle. Il est en effet cette idée que la responsabilité ne saurait en aucun cas « être la panacée contre tous les risques de l’aventure humaine »³⁰²⁸, et que, parallèlement, l’appréhension du risque *a posteriori* ou à la connaissance « prouvée par l’expérience »³⁰²⁹, est loin de constituer une solution insatisfaisante. L’admettre provoquerait une faiblesse justificative de la règle de responsabilité civile dont l’application serait dépendante de l’évènement survenu plutôt que du risque introduit. Au souvenir des mots de Robert Q. Quentin BAXTER, la responsabilité *même sans faute* deviendrait alors un bien « mauvais maître » incapable de contenir ses propres limites³⁰³⁰. Surtout, une telle solution présenterait un défaut de prévisibilité certain et conduirait à inclure provisoirement toutes les Cassandre dans le champ d’application de la règle. Chacun pourrait être présumé exploitant d’une activité à risque et concerné par la règle de responsabilité si bien qu’il en résulterait potentiellement un phénomène d’immobilisme et d’inaction, un frein à toute innovation : cela, car *si tout est risqué, tout est danger, et tout est à éviter*³⁰³¹. Cela étant admis, cette question s’avère somme toute intrinsèque à notre étude, et a déjà, d’ailleurs, fait l’objet de questionnements. Après ce bref rappel, il reste simplement à démontrer que la dimension et la précision attendue de cette détermination *a priori* sont d’autant plus exigeantes lorsqu’il s’agit d’imposer une obligation d’assurance à la règle de responsabilité.

683. Plan. Dans ce contexte, si la netteté de cette détermination s’avère nécessaire (1.), elle matérialise dans le même temps les limites de la règle de responsabilité *même sans faute* (2.).

³⁰²⁶ Comme évoqué *supra* Chapitre 1, Section 2, § 2. dans le cadre des travaux de la CDI, Julio BARBOZA s’était efforcé de formuler une définition de l’activité à risque en Recourant à la notion de substances dangereuses (sp. « Sixième rapport »). *In fine*, il ne ressortait dans le projet final qu’une définition visant à circonscrire l’activité à risque comme celle qui présente un risque de causer un dommage transfrontière significatif. Concernant les tentatives opérées en droit interne, voy. *infra*. sp. Titre II, Chapitre I, Section 1.

³⁰²⁷ Sur la notion de « réalisation du risque » comme déterminant le fait générateur de responsabilité, voy. *infra* Section 2, § 2, A, 1, b. et Titre II, Chapitre I, Section 1.

³⁰²⁸ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 60.

³⁰²⁹ Dans la pensée de KANT, la connaissance *a posteriori* constitue une connaissance empirique, factuelle et « issue de l’expérience ». Ainsi, en philosophie les termes *a priori* et *a posteriori* sont utilisés en philosophie pour distinguer deux types différents de connaissances, la justification et l’argument : « une connaissance *a priori* est indépendante de l’expérience », et « une connaissance *a posteriori* est prouvée par l’expérience ». On reviendra d’ailleurs sur cette appréhension *a posteriori* du risque, qui si elle est aujourd’hui celle que propose le plus souvent le droit de la responsabilité, notamment la responsabilité du fait des choses, a également été celle du Projet Catala : voy. *infra* Titre II, Chapitre I, Section 1.

³⁰³⁰ CDI, « Quatrième rapport de Robert Quentin-Baxter », op. cit., p. 210, § 4.

³⁰³¹ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 32. Aussi, ces critiques ramènent dans une certaine mesure à celles qui avaient été formulées à l’encontre de la théorie du risque : voy. notamment B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 20 qui avait considéré « [qu’] admettre cette théorie, c’est exposer l’homme à un déluge de responsabilité et arrêter par conséquent toute activité » ou encore J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, op. cit., pp. 85-86 considérant « que chacun réponde de ses fautes, c’est un hommage rendu à la personne humaine et à sa liberté : l’homme conserve le pouvoir d’échapper aux responsabilités en évitant de commettre des fautes. Que chacun réponde de tous ses actes, c’est une méconnaissance de cette liberté : l’homme est alors écrasé par une charge à laquelle il lui est impossible d’échapper sauf à s’abstenir d’agir, ce qui nie sa liberté et appelle une critique de la théorie sur le plan de l’intérêt social [...] un premier danger est donc de décourager les initiatives et l’esprit d’entreprise ».

1. Une conséquence contingente de l'obligation d'assurance

684. Une exigence rationnelle. Comme évoqué ci-dessus, la question de la détermination des activités à risque n'est certainement pas exclusive de l'assurance obligatoire, voire de la règle de responsabilité³⁰³². Elle en constitue cependant une exigence certaine. En effet, en l'absence de détermination préalable des activités concernées, on se situerait dans une impasse, car confronté à une alternative insatisfaisante pouvant *grosso modo* se résumer comme telle : soit faire fi de l'assurance, soit imposer une obligation d'assurance à tout un chacun pour l'activité qu'il poursuivrait. Dans la première hypothèse, l'opportunité du régime pourrait alors perdre en efficacité³⁰³³. Dans la seconde hypothèse, cela impliquerait que tout un chacun doive *in fine* se doter d'une assurance obligatoire, qui bien qu'encouragée par certains, n'en demeure pas moins une mesure trop radicale³⁰³⁴.

685. Une nécessité juridique. Sauf hypothèse d'une assurance obligatoire étendue à tous, la détermination *a priori* des activités à risque soumises à assurance obligatoire est, ensuite, une exigence juridique posée de longue date par le Conseil d'État. Pour ce dernier, l'édition d'une obligation d'assurance relève de la compétence législative³⁰³⁵, car « par sa nature », elle met « directement en cause l'un des principes fondamentaux des obligations civiles, qui est l'autonomie de la volonté des contractants »³⁰³⁶. Bien que le juge ait précisé que le législateur pouvait habiliter l'administration à subordonner l'autorisation d'exercice d'une activité à la souscription d'une assurance, il reste que ces activités doivent avoir été préalablement identifiées³⁰³⁷.

686. Une revendication des assureurs. Cette nécessité d'identification préalable a, enfin, été évoquée vis-à-vis de la proposition de l'article 1362 du projet CATALA. Nous savons que l'absence d'une assurance obligatoire – certainement guidée par la généralité de la règle visant toutes « les activités anormalement dangereuses » et surtout liée à une approche *a posteriori* du risque sur laquelle il nous sera ainsi donné de revenir³⁰³⁸ – a constitué un sujet à débat. À l'égard de ceux ayant regretté que les rédacteurs d'une telle disposition ne se soient pas « souciés »³⁰³⁹ de l'assurance, la Fédération française des sociétés d'assurance et le Groupement des mutuelles d'assurances avaient ainsi souligné que « les assureurs ne pouvaient accepter des engagements dont ils ne pouvaient mesurer le coût et qu'il faudrait en conséquence, à tout le moins, établir une liste des activités jugées anormalement

³⁰³² La question, nous l'avons évoqué *supra* Chapitre 1, Section 1, se serait posée dans les mêmes termes pour la détermination de la collectivité contributive d'un fonds d'indemnisation.

³⁰³³ On rappellera les critiques formulées par certains à l'égard de l'article 1362 du projet Catala concernant l'assurance obligatoire Sénat, *Rapport par Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE, op. cit.*, p. 55

³⁰³⁴ Voy. néanmoins en faveur d'une telle réforme G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, op. cit.*, p. 159.

³⁰³⁵ Voy. *Constitution du 4 octobre 1958*, art. 34.

³⁰³⁶ CE, 24 février 1994, avis n°335-090 ; CE, 14 février 1969, n°71.978, *Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe, Rec. Lebon*, p. 96 ; CE, 2 juillet 1999, n°199143, *Figéac Athletism club* ; CE, 29 septembre 2003, n°240639, *Figéac Athletism club, Rec. Lebon*, p. 384.

³⁰³⁷ Le Conseil d'État a ainsi précisé que l'autorité administrative est en droit d'imposer elle-même une assurance obligatoire quand diverses conditions sont réunies. Il faut tout d'abord qu'elle ait reçu du législateur le pouvoir de « fixer les conditions d'exercice d'une profession ou d'une activité ». Il faut ensuite que cette profession ou cette activité soit « soumise à autorisation, à agrément ou à nomination par cette autorité » administrative. Enfin, il faut que « la nature de la profession ou de l'activité l'exige ». Sur ces questions voy. A-T. LEMASSON, « Réflexion générale sur le droit commun de l'assurance obligatoire », *op. cit.* ; C. RENODON-DELABRIA, *Les assurances obligatoires : caractères communs, texte et commentaires, op. cit.*, p. 48.

³⁰³⁸ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

³⁰³⁹ Voy. de nouveau l'intervention de Matthieu POUMARÈDE retranscrit in Sénat, *Rapport par Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE, op. cit.*, p. 55.

dangereuses »³⁰⁴⁰. L'assurance n'est effectivement pas une technique globale et il est difficile d'assurer la couverture de risques trop hétérogènes sauf à faire fi d'une adaptabilité pourtant opportune et nécessaire³⁰⁴¹. Effectivement, cette difficulté se pose également lorsque l'assurance n'est pas obligatoire. En présence d'une obligation, elle se trouve renforcée parce que l'obligation d'assurance implique l'obligation d'assurer et que les assureurs ont un besoin certain de prévisibilité sur les montants qu'ils sont en possibilité de libérer pour chaque activité à risque. Dit autrement, cette détermination est nécessaire pour déterminer la limite à laquelle se heurte leur intervention, et ce même si elle peut être distincte de celle à laquelle pourrait se heurter celle de l'exploitant désigné responsable – une question délicate qui sera abordée au stade de l'étendue de la réparation³⁰⁴². À cet égard, l'article 23 du Projet *Terré* apporte donc une certaine satisfaction dès lors qu'il cantonne le champ d'application de la règle de responsabilité du fait des activités à risque aux installations classées telle que visées par le *Code de l'environnement*. C'est pourtant cette précision, nous le verrons, qui a généré toute sa faiblesse. Lue strictement, cette règle aurait, en effet, exclue les activités de fusion nucléaire confirmant ainsi l'exemple « symptomatique » qu'elles constituent.

2. Une conséquence paradoxale de la ratio legis de la règle de responsabilité

687. Une lecture complexe de la règle de responsabilité. Il est évident que la tâche du juge consistant à vérifier, dans chaque cas d'espèce, si l'exploitant dont l'activité a occasionné des dommages peut se voir appliquer la règle de responsabilité envisagée serait facilitée par l'existence de listes. En amont, ces catalogues favoriseraient l'information de l'exploitant qui pourrait ainsi prendre ses dispositions, consistant en l'amélioration de la prévention du risque et/ou en la souscription d'une assurance. Une telle méthode a d'ailleurs été le parti pris d'une partie de la doctrine étrangère et française, et des rédacteurs de certaines dispositions étrangères et conventions internationales ayant vocation à systématiser la responsabilité en ce domaine³⁰⁴³. Dans le cadre des projets de la Commission du droit

³⁰⁴⁰ Sénat, *Rapport par Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE*, *op. cit.*, p. 55 et identifiant également cette difficulté G.J MARTIN, « Responsabilité et assurance », *op. cit.*, p. 912 ou encore J. DÉPRIMOZ, « Régime juridique des assurances contre les risques d'atteinte à l'environnement », *JCL Responsabilité civile*, fasc. 581-1, 1993, § 102 référencé par A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 318.

³⁰⁴¹ Voy. J. DÉPRIMOZ, « Régime juridique des assurances contre les risques d'atteinte à l'environnement », *op. cit.*, § 103 relevant que « des planchers uniformes "tous types d'activités confondues" et surtout "toutes tailles d'entreprises confondues" comme mesures trop rigides parce qu'inadaptées aux besoins individuels de couverture » nuancée par A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 318 relevant que « lorsque ce dernier [le risque, pour l'auteur, de dommage de masse] concerne un trop grand nombre d'activités dont la diversité empêche l'homogénéité nécessaire à l'opération d'assurance, peut-être convient-il d'envisager le risque non plus globalement, mais de manière moins ambitieuse par secteur d'activité susceptible de faire apparaître des risques homogènes ».

³⁰⁴² Voy. *infra* Section 2.

³⁰⁴³ Ce choix a par exemple été celui des membres de la *Law Commission (Civil liability for Dangerous Things and Activities, 1970)* et de la *Commission Pearson (Civil Liability And Compensation For Personal Injury, 1978)* ayant eu successivement pour mission de réfléchir à une harmonisation, au Royaume-Uni, des nombreuses actions *in tort* foisonnant en *Common law*, incluant les "abnormally dangerous activities" ou les exceptionnelles. La première avait ainsi considéré que la détermination des « choses ou opérations dangereuses ne devaient pas être laissés aux juridictions ». Un avis qui avait ensuite été suivi par la Commission Pearson en dépit d'une généralité affichée : voy. sur ces travaux G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, *op. cit.*, sp. pp. 521, 528-529 ; A. TUNC, « Le rapport Pearson sur la responsabilité civile et l'indemnisation des dommages corporels », *RIDC*, 1978, vol. 30, sp. p. 525 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 338-339. Cette restriction a d'ailleurs emporté la conviction, telle que cela fut notamment rappelée par le juge Lord Goff à l'occasion de l'affaire *Cambridge Water co. V. Eastern Counties* de 1994 : voy. P. B. KUTNER, "The End of Rylands v. Fletcher ? Cambridge water co v. Eastern Counties Leather Plc", *TILJ*, 1995, vol. 31, pp. 73-101. De même, on pourra renvoyer à la *Convention de Lugano* ainsi qu'à l'article 6:175 *Burgerlijk Wetboek* néerlandais concernant la responsabilité du fait des substances dont il est connu « qu'elle ait des propriétés telles qu'elles représentent telles qu'elle présente un "danger particulier de nature grave" pour les personnes ou les biens, est responsable si ce danger est atteint ». Ces deux dispositions étant peu ou prou construite sur la même logique ne retiennent pas *stricto sensu* les listes comme détermination des substances dangereuses. La règle principale de l'article 6:175 qualifie la substance visée, c'est-à-dire

international, elle a également été le souhait de nombreux membres et avait abouti à une solution intermédiaire proposée par Julio BARBOZA, laquelle n'a cependant pas abouti³⁰⁴⁴. Or, cela ne constitue pas une solution satisfaisante à notre sens. Une fois la source des listes établie, la méthode peut impliquer une recherche fastidieuse dans un labyrinthe législatif. Si la rapide étude de l'applicabilité à la fusion de la *Convention de Lugano* en a d'ailleurs témoigné³⁰⁴⁵, le même constat ressort surtout de l'article 23 du Projet TERRÉ.

Tirant les conséquences des réserves émises à l'encontre de l'article 1362 du projet CATALA dont on a regretté l'appréhension *a posteriori* du risque que sa rédaction supposait³⁰⁴⁶, l'article 23 cantonne *a priori* l'application de la règle de responsabilité à l'exploitation des « installations sujettes à classement au sens du Code de l'environnement », et particulièrement du Titre Ier du Livre V de celui-ci³⁰⁴⁷. Permettant une claire définition du champ d'application de la règle, cette proposition autorise ainsi l'assurance des risques visés³⁰⁴⁸. Elle aurait cependant été problématique pour le cas nous occupant. Quoique certains aient condamné sa large portée³⁰⁴⁹, cette disposition, interprétée strictement, exclurait les activités de fusion ou à tout le moins l'exploitation d'une installation de fusion telle qu'ITER. Cette dernière constitue, en effet, une installation nucléaire de base et non une installation classée telle que défini à l'article L511-1 du Code de l'environnement³⁰⁵⁰. Interprétée plus largement, la maxime « sujette à classement » aurait en revanche été satisfaisante. Elle aurait ainsi englobé « les installations qui devraient faire l'objet d'une autorisation, d'un enregistrement ou d'une déclaration, mais qui, pour des raisons diverses, ne respectent pas (encore) la réglementation en vigueur »³⁰⁵¹. Bien que la formule ait été source d'ambiguïté, elle suppose donc que les « installations sujettes à classement » couvrent un panel d'installations plus large que celles visées par le Titre Ier du Livre V du Code de l'environnement. Les installations de fusion étant sujettes à classement par le biais de leur

celle présentant un « danger particulièrement grave ». Or, c'est à défaut de critères expressément posés pour apprécier la dangerosité de la substance, que l'article établit une liste de propriétés non exhaustives rendant « en tout cas » la substance comme dangereuse et connue comme telle. L'article renvoie ensuite à des substances qui, de « toute façon », seront considérées comme dangereuses, parce qu'elles sont classées comme telles par le droit de l'Union européenne, et rend également possible d'élaborer des listes où peuvent être inventoriées certaines autres substances. Autrement dit, ce n'est pas tant l'utilisation de listes qui est ici critiquée que le manque de lisibilité de la disposition, laquelle ne permet pas d'appréhender aisément ce qui constitue ou non une substance dangereuse. Or, le même constat ressort de l'étude de la *Convention de Lugano*. Sur l'article 6 : 175 du *Burgerlijk Wetboek*, voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, pp. 172-187, 894. Pareillement, ce choix a été en partie celui des rédacteurs du *Codice civile italiano*, ou plus exactement de la Cour de cassation italienne. Bien que l'article 2050 du Code civil italien prévoit une clause générale, cette dernière a rapidement établi une distinction entre les activités « typiques » et les activités « atypiques ». Les premières sont d'office considérées dangereuses par le fait qu'elles sont inscrites, comme telles, dans diverses lois ou divers règlements : G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, p. 35 et V.G. BRIGANDI, *Attività pericolosa. Un classico tra i concetti normativi*, Turin, Giappichelli, 2018, (éd. Kindle), emp. 78.

³⁰⁴⁴ Voy. CDI, « Sixième rapport par Julio Barboza », *op. cit.*, pp. 92 et ss, §§ 15 et ss.

³⁰⁴⁵ Voy. *supra* note 194.

³⁰⁴⁶ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

³⁰⁴⁷ Voy. *Code de l'environnement*, art. L511-1 et L. 511-2 et J-S BORGHETTI « Des principaux délits spéciaux » in F. TERRÉ, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2001, p. 178.

³⁰⁴⁸ J-S BORGHETTI « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 178.

³⁰⁴⁹ Voy. not. D. NORGUET (dir.), « Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile – Consultation de la Chancellerie », *Rapport présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, 12 janvier 2012, p. 10 relevant que un enjeu de compétitivité pour les entreprises exploitantes d'installations classées qui supportent des charges administratives excessives du fait d'une surtransposition des directives européennes, et pour qui il aurait été excessivement sévère d'englober les installations simplement soumises à déclaration et dont le risque demeure très limité, sauf à impacter trop lourdement les PME qui en sont gérantes. Pour ce dernier, la disposition n'aurait dû viser que les installations soumises à un régime d'autorisation préalable conformément aux exigences des directives Seveso.

³⁰⁵⁰ On serait ainsi trouvée confrontée à la même difficulté qu'identifiée *supra* (Introduction § 23) vis-à-vis de la loi du 30 juillet 2003 sur la prévention des risques technologiques. Notons toutefois qu'il existe certaines installations nucléaires et certaines installations qui font partie du tissu industriel du secteur nucléaire qui peuvent relever du régime des ICPE visée par la disposition : voy. ASN, *Déterminer le périmètre d'une INB*, Guide n°9, Paris, ASN, 2013.

³⁰⁵¹ J-S BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 178.

qualité d'installation nucléaire de base, elles auraient donc pu éventuellement être incluses³⁰⁵². Par ailleurs, l'article 23 conditionnant la réparation des dommages à la réalisation du risque justifiant le classement de l'activité, on pourrait également voir là un critère référentiel autorisant l'application de la règle à toutes les installations susceptibles de présenter un risque comparable aux installations classées³⁰⁵³. Dit autrement, le juge aurait pu, par analogie, étendre le champ d'application dudit article considérant ainsi le caractère « sujet à classement » de toute autre activité à risque même « non-sujette à classement » au sens du droit français. Le problème étant ici que les rédacteurs ont, en réalité, exclu toute « appréciation par le juge de la dangerosité d'une activité »³⁰⁵⁴. Bien que « la possibilité en ait été très sérieusement discutée »³⁰⁵⁵, la construction du projet TERRÉ sur le modèle d'un droit des délits spéciaux³⁰⁵⁶ n'a offert qu'une latitude résiduelle au juge pour déterminer les installations concernées³⁰⁵⁷. Dès lors, les installations de fusion auraient éventuellement pu être incluses dans le champ d'application de l'article 23 parce qu'elles sont « sujettes à classement ». Mais par-delà cette hypothèse, l'article 23 contredisait intrinsèquement l'objectif de la règle que l'on cherche à établir : celui d'appréhender la réparation des dommages résultant de toute activité présentant des risques nouveaux, non nécessairement réglementés, et appréhendée indépendamment de la notion d'installation qui renvoie foncièrement à un critère physique immobilier³⁰⁵⁸.

688. Une aliénation de la *ratio legis*. L'appréhension *a priori* du risque étant principalement le fait de la loi, le législateur a pu édicter des régimes spéciaux pour des activités considérées à risque avant même que l'expérience d'un accident ne l'ait renseigné sur le risque de celles-ci³⁰⁵⁹. Ces régimes spéciaux ont néanmoins fait montre dans le même temps des difficultés pouvant surgir d'une appréhension *a priori* du risque : celles qui imposent de prendre en considération l'évolution technologique comme en témoignent les activités de fusion dont la réparation des dommages ne fait l'objet d'aucun régime adéquat³⁰⁶⁰. Pour cela, le but d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque serait de combler ces lacunes *de lege feranda* en permettant au droit de la responsabilité civile de réceptionner les dommages occasionnés par les activités ne faisant l'objet d'aucune réglementation spéciale et à l'égard desquelles le droit commun dévoile son inaptitude. La différence des conséquences de l'indétermination entre le cas dans lequel l'État est appelé par le droit international à organiser la réparation de dommages causés par des activités à risque et celui par lequel on cherche

³⁰⁵² À tout le moins pour ce qui concerne ITER : voy. Décret n° 2012-1248 du 9 novembre 2012 autorisant l'Organisation internationale ITER à créer une installation nucléaire de base dénommée « ITER » sur la commune de Saint-Paul-lez-Durance (Bouches-du-Rhône), *op. cit.*

³⁰⁵³ Lequel n'est d'ailleurs pas sans rappeler la notion de risque anormal qui fondera l'objet de notre propos : voy. *infra* Section 2, § 2, A et Titre II, Chapitre 1, Section 1.

³⁰⁵⁴ J-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 177.

³⁰⁵⁵ J-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 177.

³⁰⁵⁶ Sur une présentation de la distinction en le « droit des délits spéciaux » et les clauses générales du Code civil français, voy. not. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, sp. p. 101.

³⁰⁵⁷ Sauf à éventuellement l'autoriser comparer les *ratios legis* de chacune des dispositions du projet, et notamment son articulation avec la responsabilité du fait des choses : voy. *infra* § 2, B.

³⁰⁵⁸ Voy. *Code de l'environnement*, art. L. 511. Sur l'importance de la notion d'activité voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

³⁰⁵⁹ A cette fin, on rappellera que le régime de responsabilité civile nucléaire avait ainsi précédé la survenance de tout accident.

³⁰⁶⁰ Sur ce point, on pourra toutefois souligner l'originalité du droit allemand, qui pourtant fondé sur un droit des délits spéciaux supposé « plus rigide », a, rappelons-le, inclus d'office les installations de fusion. Peut-être pourrait-on d'ailleurs expliquer cette spécificité par le fait que le droit allemand n'autorise pas une jurisprudence (ré)créatrice telle qu'elle a été celle du juge français : voy. suivant cette idée J-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 67 ou encore E. REID, "Liability for dangerous activities : A comparative analysis", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 731-756 ; O. BERG, « La responsabilité du fait des choses ou des "activités dangereuses" en droit allemand », *op. cit.*

à transposer cette exigence en droit interne, évoquée dans l'introduction de ce Chapitre, est donc ici manifeste. Dans le premier cas, l'État conserve la marge de manœuvre d'élaborer des régimes spéciaux permettant de répondre aux recommandations qui lui sont faites, telle que l'établissement d'une assurance obligatoire³⁰⁶¹. Dans notre cas, qui ne cherche pas moins à répondre à l'appel du droit international, cette marge de manœuvre n'existe plus. Elle se situe à l'extérieur de notre proposition qui vise à compléter utilement cette première méthode, sans pour autant, nous le verrons, chercher à l'enrayer totalement. Répondre de certaines exigences devient dès lors plus délicat.

Ainsi, s'il est évident que la dimension préventive et réparatrice (indemnitaire) de la règle de responsabilité nécessite que l'exploitant d'une telle activité puisse deviner la mesure dans laquelle son activité sera soumise à la règle de responsabilité et prendre les mesures en conséquence, ces mêmes objectifs commandent paradoxalement que l'on se départisse de tous les critères susceptibles d'en figer le champ d'application. Essentielle à la dimension réparatrice de la règle de responsabilité, cette souplesse matérialise son gage de pérennité et d'égalité dans la mise en œuvre du droit à réparation de toutes les victimes d'activités susceptibles d'être qualifiées, aujourd'hui, demain ou après-demain, comme telles³⁰⁶². Cette souplesse peut également favoriser sa dimension préventive. En effet, alors qu'une définition relativement souple des activités à risque autorise à considérer que le doute raisonnable profite à la prévention (inquiété sur la qualification de l'activité de l'exploitant, ce dernier serait en principe incité à prendre toute la précaution qu'appelle son exploitation), il en irait autrement si les activités s'avéraient trop strictement prédéfinies. L'exclusion inévitable d'une catégorie d'activité, par défaut d'exhaustivité, annihilerait ainsi tout l'intérêt de la règle de responsabilité.

Partant, et pour en revenir à la question de l'assurance obligatoire, la liberté appartient encore au législateur de soumettre certaines activités entrant dans le champ des activités à risque à une obligation d'assurance ou de garantie financière et d'obliger les assureurs à cette fin. Cette obligation pourrait éventuellement viser les « bons risques » ou « risques désirables » comme les activités de fusion, si l'on croit en leur potentiel pour remplacer les activités de fission³⁰⁶³. Néanmoins, cette obligation ne nous devrait pas être inexorablement attachée à la règle de responsabilité du fait des activités à risque.

689. Conclusion du § et la Section. Au terme de cette première *Section*, les premières difficultés relatives à l'établissement d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque se sont dessinées. Dans le *Chapitre* précédent ce propos, nous avons pu insister, à l'endroit de la dimension préventive de la règle de responsabilité – l'hypothèse étant plus évidente pour ce qui concerne sa fonction réparatrice indemnitaire – sur le fait que, pour que la responsabilité poursuive utilement ses fonctions, il fallait assurer la solvabilité de l'exploitant³⁰⁶⁴. Nous avons d'ailleurs montré que l'assurance constituait un élément intéressant de la prévention par-delà la réparation. Dans ces

³⁰⁶¹ Voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 4, comm. §§ 28-36.

³⁰⁶² Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2.

³⁰⁶³ En écho à l'idée de A. ROUYÈRE, « La responsabilité civile en matière de risque sanitaire. Audace et concessions des textes européens », *op. cit.*, p. 407.

³⁰⁶⁴ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1.

circonstances, et compte tenu de notre volonté de renforcer la responsabilité administrative en lui ôtant sa fonction assurantielle et des recommandations également formulées au sein du projet de la Commission du droit international, l'obligation d'assurance est apparue comme excessivement tentante. Au terme de cette première *Section*, il apparaît que si l'assurance constitue toujours un outil utile, elle peut cesser de l'être lorsqu'elle est rendue obligatoire. Indépendamment de l'ambivalence intrinsèque qu'on lui a attribuée, elle pourrait surtout faire perdre tout intérêt à la règle de responsabilité ici envisagée. Une telle obligation commanderait, en effet, certaines concessions, et notamment celle d'établir *a priori* une liste des activités concernées par le régime. Or, procéder de la sorte serait susceptible de tuer dans l'œuf l'opportunité de la règle de responsabilité. Cela reviendrait à exclure les activités, dont les activités de fusion nucléaire sont aujourd'hui une manifestation : celles non encore existantes. Plus encore, cela pourrait exclure les activités dont le risque est resté hors de portée d'une connaissance subjective de l'autorité compétente³⁰⁶⁵. Dit autrement, elle en annihilerait la *ratio legis* ; l'intérêt d'une règle de responsabilité en la matière résidant justement dans la possibilité d'en faire une règle apte à appréhender les activités à risque nouvelles ou non régies par le droit spécial. Aussi, sans préjudice de la possibilité d'imposer l'assurance obligatoire à certaines activités, le mécanisme ne saura être généralisé au sein de la règle de responsabilité et il appartiendra au législateur de mesurer, au cas par cas, l'intérêt d'une obligation d'assurer. Pour le reste, il s'agira de se contenter de l'incitation résiduelle à l'assurance que procure la responsabilité même sans faute.

SECTION 2. LES EXIGENCES DOMINANT L'ÉTENDUE DE LA RÉPARATION

690. La singularité de la question de l'étendue de la réparation en droit des activités à risque. Après avoir étudié la question de la garantie de la réparation, l'étude de la question de l'étendue de la réparation apparaît tout à fait naturelle. Dans la pensée juridique, et particulièrement dans le droit des activités à risque, ce sont effectivement deux éléments souvent liés. Cela est lié au postulat selon lequel l'assurance obligatoire d'un risque entraîne bien souvent la limitation de la réparation des dommages résultant de sa réalisation. Sur ce point, le régime de responsabilité civile nucléaire comme les travaux de la Commission du droit international en sont un témoignage³⁰⁶⁶. Cela étant, l'on pourrait également s'interroger sur l'intérêt d'étudier cette question une fois écartée le principe d'une assurance obligatoire et une fois rappelé le principe selon lequel, fut-elle rendue obligatoire, la limitation de l'assurance peut obéir à des limites distinctes de celles de la responsabilité. Telle est la solution que nous avons préconisée pour les activités de fusion dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire³⁰⁶⁷. Cependant, il est aussi important de rappeler que si la limitation du *quantum* de la responsabilité peut trouver sa légitimité dans les limites de l'assurance, c'est également parce qu'elle est apparue aux prémisses du développement des responsabilité *même sans faute* comme

³⁰⁶⁵ On insistera ici sur la connaissance subjective pour ne pas introduire la confusion selon laquelle une activité à risque pourrait apparaître comme telle à la seule vue des dommages engendrés. En effet, comme le suggère notre propos, cette approche *a posteriori* du risque sera vivement combattu *infra*.

³⁰⁶⁶ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2 et CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes », *op. cit.*, principe 4, comm. §§ 19 et ss. Rapprochez également R.J.E. GOLDIE, "Liability for Damage and the Progressive Development of International Law", *op. cit.*, p. 1249 et C-W JENKS, "Liability for ultra-hazardous activities in International Law", *op. cit.*, pp. 184 et ss.

³⁰⁶⁷ Voy. *supra* Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2 in fine.

un facteur d'équilibre. Elle est un élément permettant d'en tempérer la rigueur à l'égard de celui qui sera conduit à porter le coût de la réalisation d'un risque susceptible d'être intrinsèquement incompressible mais porté par une activité susceptible d'être, somme toute, bénéfique. C'est donc compte tenu de la prise en considération de l'équilibre en présence que doit donc se comprendre l'intérêt de la question dont l'étude sera entreprise ici, et qui permettra de convoquer un élément de la responsabilité alors jusqu'ici quelque peu délaissé : celui de la réparation dans son sens le plus usité, c'est-à-dire la compensation financière des dommages.

691. Le problème de l'étendue de la réparation en droit de la responsabilité civile. L'absence temporaire du traitement de cette question fondamentale au sein de notre démonstration ne doit cependant rien à son évidence. Au contraire, elle est due au fait qu'elle peut en constituer une limite certaine. Au cœur des préoccupations, la réalité et l'effectivité de la compensation financière des dommages constituent le point nodal de toute règle de responsabilité, davantage peut-être que pour les procédés visant l'indemnisation hors responsabilité dont elle constitue pourtant le seul et unique but. En effet, le fondement « solidaire » ou contractuel des procédés indemnitaires a pu autoriser que soient opérées des entorses à ce principe tant unificateur que mystique que constitue le « sacro-saint principe de réparation intégrale »³⁰⁶⁸. Mais ce dernier règne encore en maître dans le contentieux de la responsabilité, lui conférant cette capacité à s'adapter « immédiatement et concrètement aux situations individuelles et aux possibilités nouvelles de soulagement des victimes résultant de l'évolution des sciences, des techniques et des conditions sociales »³⁰⁶⁹. La réparation financière sur le fondement du droit commun n'obéissant à aucune « catégorisation » et faisant l'objet d'une ventilation réduite, la souplesse conférée audit principe a permis sa « relativité » certaine dans le droit de la responsabilité³⁰⁷⁰. Si cette relativité a pu justifier d'une rivalité entretenue entre le mécanisme d'indemnisation et la responsabilité³⁰⁷¹, c'est qu'elle devait également avoir favorisé une « idéologie de la réparation »³⁰⁷².

Les questions afférentes à la réparation du dommage n'ont longtemps suscité que peu d'intérêt en droit de la responsabilité³⁰⁷³. Sous l'influence d'une application large du principe de réparation intégrale, ce désintérêt a toutefois « eu pour grave conséquence d'ouvrir la porte à tous les excès »³⁰⁷⁴. Le constat est ainsi aujourd'hui inévitable selon lequel l'évolution de la responsabilité civile est allée

³⁰⁶⁸ C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) » in *La responsabilité civile au XXIème siècle : bilan prospectif*, op. cit., p. 63.

³⁰⁶⁹ S. CARVAL, P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p. 156.

³⁰⁷⁰ Pour reprendre l'idée défendue par certains auteurs relativement à la position du Conseil d'État, qui suite à la reconnaissance d'une responsabilité de la puissance publique, avait autorisé les victimes indemnisées par le FIAT, lequel devait pourtant garantir une réparation intégrale, à demander un complément d'indemnité par un recours en responsabilité : voy. CE, avis 15 octobre 1993, n°148888, n°148889, *Rec. Lebon*, p. 280. Interrogeant sur le bien-fondé de cette possibilité, l'argument a donc été avancé que la notion de réparation intégrale est relative et qu'elle implique qu'un préjudice puisse recevoir des appréciations différentes : voy. en ce sens H. GROUDEL, *Obs. Cass. civ.*, 26 janvier 1994, *RCA*, 1994, chron. 14 référencé par J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 432-433. On notera d'ailleurs que c'est cette relativité qui doit avoir suscité le souhait, pour certains, d'une évaluation des préjudices poste par poste dans le cadre du droit commun comme énoncé *supra* note 2434.

³⁰⁷¹ Les victimes ayant parfois refusé, par-delà toute dérive vindicative, de renoncer au bénéfice d'une indemnisation contentieuse en dépit d'une « réparation intégrale » promise par certains fonds.

³⁰⁷² L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », op. cit.

³⁰⁷³ Voy. X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2004, p. 1

³⁰⁷⁴ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 557. Dans le même sens G. VINEY, « Le droit de la responsabilité dans l'avant-projet Catala » in *La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 473 soulignant que « le droit à réparation, malgré son importance primordiale pour les intéressés est resté jusqu'à présent très largement abandonné aux pouvoirs souverains du juge du fond et souffre, de ce fait, d'un défaut de réglementation favorisant l'arbitraire et les inégalités entre justiciables ».

dans le sens de la « soif de réparation »³⁰⁷⁵. La focalisation sur la figure de la victime et la dépersonnalisation (supposée) opérée par l'assurance ont donné naissance à cette idéologie « exaltant démesurément l'objectif de sécurité des victimes et véhiculant l'idée selon laquelle toute atteinte causée par autrui à nos intérêts était insupportable et devait pouvoir être réparée »³⁰⁷⁶. Ces mots trouvent forcément écho à notre proposition d'une responsabilité *même sans faute* du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion. De prime abord, celle-ci pourrait d'ailleurs donner l'impression d'adhérer à cette idéologie. En effet, c'est bien la réparation des dommages subis par les victimes de ce risque nucléaire nouveau que nous recherchons. Dans le cadre de l'étude de l'applicabilité du régime de responsabilité civile aux activités de fusion, c'est sur la reconnaissance opportune d'une responsabilité illimitée de l'exploitant que se concluait notre propos. Tel n'est pourtant pas le cas. Il est, en effet, une chose de chercher à adapter un ensemble de règles, instituées pour faire face à risque spécifique, à un risque nouveau et présumé différent. Il en est une autre de se servir de l'occasion de ce risque nouveau pour proposer une règle d'application générale destinée à s'adapter à l'évolution technologique incessante, et ne pouvant par conséquent bénéficier du panel de solutions d'exceptions que suppose un droit spécial. Partant, les contraintes étant différentes, elles appellent à jeter un regard nouveau sur le problème. Dans le cadre d'une société marquée par une « véritable tyrannie de la victime »³⁰⁷⁷, elle pousse à questionner la résistance de la règle de responsabilité appelée de nos vœux au principe de réparation intégrale.

692. Plan. Ainsi, si ce n'est que la règle de responsabilité du fait des activités à risque souffrira certainement de certains impératifs, il s'agira ainsi d'évaluer la compatibilité de la règle de responsabilité ainsi envisagée avec la rigueur du principe de réparation intégrale (§ 1) avant d'identifier les tempéraments susceptibles d'y être apportés, mais également les limites que supposeraient ces derniers (§ 2).

§ 1. La rigueur constatée du principe de réparation intégrale

693. La prévalence du principe de réparation intégrale. En droit positif français, aucun principe n'a jamais imposé que l'individu responsable *même sans faute* ne soit de ce fait tenu qu'à une réparation limitée. N'en eut déplu à certains auteurs du début du siècle dernier, la responsabilité *même sans faute* de droit commun a toujours ouvert un droit à réparation intégrale au même titre que la responsabilité pour faute³⁰⁷⁸. Admettre une solution inverse aurait participé soit à remettre en cause l'existence de cette responsabilité au sein de l'institution, soit à conférer une définition bien différente au principe

³⁰⁷⁵ P. BRUN, « Rapport introductif » in *La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle*, op. cit., p. 4 et s.

³⁰⁷⁶ B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, op. cit., p. 274 ; M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », op. cit., p. 741 ; C. CHABAS, « L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité », op. cit., p. 86.

³⁰⁷⁷ J. MOULY, « Regards sur la victimisation du droit contemporain de la responsabilité civile et pénale » in J. HOAREAU-DODINEAU, G. METAIRIE, P. TEXIER (dirs.), *La victime, Définition et statut*, t.1, Limoges, PU, 2008, p. 318.

³⁰⁷⁸ Voy. en faveur d'une limitation de la responsabilité dans les régimes de responsabilité fondée sur le risque : B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa fonction de garantie et de peine privée*, op. cit. ; L. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., sp p. 220 ; M. PICARD, « Pour une loi sur les accidents automobiles », *RGAT*, 1931 ou encore R. SAVATIER, « Les assurances illimitées de responsabilité », *RGAT*, 1934, p. 508.

de réparation intégrale³⁰⁷⁹. Or, poursuivant cet objectif « chimérique »³⁰⁸⁰ de replacer « la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »³⁰⁸¹, le principe de réparation intégrale suppose une compensation équivalente de l'entier dommage *sans perte ni profit*. Répondant à une « exigence fondamentale de justice »³⁰⁸², conforme à « l'idée de justice corrective »³⁰⁸³ et à « l'éthique de la responsabilité »³⁰⁸⁴, le principe se passerait aujourd'hui de toute justification. Bien que ne faisant pas (encore³⁰⁸⁵) l'objet d'une protection législative³⁰⁸⁶ ou supra-législative³⁰⁸⁷, son caractère consensuel ressort de la place qu'il occupe en droit français³⁰⁸⁸ comme dans les droits étrangers³⁰⁸⁹ ou dans le droit international³⁰⁹⁰ et des avantages dont on le gratifie. En effet, et comme évoqué ci-devant, la majorité de la doctrine s'accorde généralement à reconnaître la capacité d'adaptation du principe de réparation intégrale qui, résultant en partie d'un faible contrôle opéré sur l'évaluation du dommage, a permis au juge de provoquer cette « perpétuelle remise en cause des méthodes d'évaluation des dommages et intérêts » nécessaires à suivre les dommages nouveaux causés par les évolutions technologiques³⁰⁹¹. Pourtant, s'il n'est guère permis de douter que cette règle a incité les tribunaux à une très grande flexibilité, c'est qu'il devait aussi en résulter le laxisme auquel est imputée la faiblesse croissante de la responsabilité civile.

³⁰⁷⁹ Fondée sur la théorie du risque-profit ou du risque-créé, la responsabilité *même sans faute* supposait en effet l'idée d'un transfert s'accommodant mal avec une limitation. Comment aurait-on ainsi pu expliquer le rejet d'une partie du coût du dommage sur les épaules de la victime alors que le profit ou l'intérêt potentiellement tiré du risque créé n'était, pour le responsable, aucunement limité ? Sauf à admettre le caractère de peine privée attachée à la réparation intégrale octroyée sur le fondement de la faute, ce contexte qui mettait en exergue les nouveaux besoins de réparation devait ainsi appeler une application classique du principe de réparation intégrale.

³⁰⁸⁰ Voy. ainsi C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) ? », *op. cit.*, p. 63 considérant que la réparation intégrale n'est « [qu']un ornement judiciaire commode ou une exhortation doctrinale chimérique ("il faut réparer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve", selon l'exigeante et célèbre phrase du doyen CARBONNIER) ».

³⁰⁸¹ Cass. civ. 2, 28 octobre 1954, *Bull. civ.* II, n° 328, p. 222 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, op. cit.*, p. 177. Sur l'historique du principe M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale, op. cit.*, pp. 41 et ss.

³⁰⁸² Voy. V.-Y. SAINT-JOURS, « Les anomalies fondamentales de la législation des accidents du travail », *RTD soc.*, 1985, pp. 520 et ss ; F. MEYER, « La problématique de la réparation intégrale », *Droit social*, 1990, p. 718 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, p. 156 soulignant que cette référence suffit à justifier ce principe et « ferait apparaître toute dérogation comme une véritable aberration ».

³⁰⁸³ Voy. C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2002, p. 79 ; M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale, Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile, op. cit.*, pp. 67 et ss.

³⁰⁸⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de responsabilité », *op. cit.* : « L'accident ne saurait être le dé d'une loterie à qui perd, gagne ».

³⁰⁸⁵ Voy. Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, op. cit.*, art. 1258.

³⁰⁸⁶ Le Code civil ne consacre pas explicitement la réparation intégrale sauf dans la matière contractuelle. D'aucuns considèrent néanmoins que le principe ressortirait dans la rédaction de l'article 1240, la Cour l'ayant souvent inscrite sur ce visa avant de l'ériger en principe autonome : voy. M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel : expertises, principes, indemnités*, 21ème éd., Paris, Lexisnexis, 2018, p. 6 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé, op. cit.*, pp. 74 et ss *contra* A. MURE, *L'évolution du préjudice corporel, op. cit.*, p. 121 et P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, p. 417 relevant que ce rattachement ne vaut que « faute de référence textuelle plus précise et convaincante » et rajoutant que « son emprise ne semble d'ailleurs pas devoir ainsi dépasser les limites du droit commun ».

³⁰⁸⁷ En cohérence avec la position adoptée à l'égard de la responsabilité vu *supra*, le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas de valeur constitutionnelle au principe de réparation intégrale : voy. CC, 22 octobre 1982, n°82-144 DC, *op. cit.* ; CC, 11 juin 2010, n°2010-2 QPC, *op. cit.* ; CC, 18 juin 2010, n°2010-8 QPC, *op. cit.* ; CC, 26 septembre 2014, n°2014-415 QPC, *op. cit.* et B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux, op. cit.*, pp. 50 et ss., sp. p. 54 soulignant toutefois une position ambiguë du Conseil constitutionnel qui semble porter une attention particulière à la qualité de la réparation dans certaines décisions, notamment CC, n°2011-127 QPC, 6 mai 2011, *Consorts C.*, JO, 7 mai 2011, texte n°77 ; CC, n°2011-167 QPC, 23 septembre 2011, *Djamel B.*, JO, 24 septembre 2011, texte n°77. De la même manière, et conformément à sa jurisprudence établie *supra*, la Cour européenne des droits de l'homme ne paraît pas porter une protection particulière à la réparation intégrale en droit interne : voy. B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux, op. cit.*, p. 134. Elle fait elle-même une application singulière de ses modalités de réparation au titre de l'article 41 : voy. J.-F. FLAUSSE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'indemnisation des dommages par la Cour européenne des droits de l'homme et ses effets en droit français*, Droit et Justice, septembre 2009 ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « Des dommages et intérêts octroyés par la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2014, chron. 5.

³⁰⁸⁸ Voy. en droit administratif H. BELRHALLI, *Responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 373 et ss ; B. DEFOORT, « Le principe de réparation intégrale », *DA*, n°8-9, 2018, étude 8.

³⁰⁸⁹ Compte tenu, évidemment, des différentes variations y apparaissant : voy. P. PIERRE, F. LEDUC (dirs.), *La réparation intégrale en Europe : études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles, Larcier, 2012, 505 p. et les différentes contributions relatives à l'étendue de la réparation in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation, op. cit.*, pp. 679 et ss.

³⁰⁹⁰ CPJL, *Usine de Chorzów*, 13 septembre 1928, Série A, n° 17, p. 47 dont le principe est codifié in CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite », *op. cit.*, art. 31.

³⁰⁹¹ S. CARVAL, P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, p. 157 et rapprochez toutefois avec l'obligation de ventilation *supra*.

694. La rigueur et l'incertitude du principe de réparation intégrale. Le constat de la rigueur et de l'incertitude du principe de réparation intégrale a très tôt été mis en exergue par Ève ROUJOU DE BOUBÉE. Dans sa thèse consacrée à la réparation, l'auteure constate, en effet, le danger du principe d'une réparation systématiquement intégrale « de trop sacrifier à la victime le débiteur de la réparation et au-delà de lui, la collectivité toute entière », en les soumettant à un régime caractérisé, à la fois, par son « incertitude » et sa « rigueur »³⁰⁹². D'une part, la réparation devant être intégrale, le montant de la dette ne peut être connu de façon sûre qu'une fois le dommage réalisé et l'atteinte évaluée, ce qui est susceptible d'imposer des difficultés budgétaires aux auteurs de dommages. Or, le principe de la réparation intégrale n'a aucune valeur si le débiteur éventuel de la réparation s'avère insolvable. D'autre part, l'application du principe de réparation intégrale fait bien souvent abstraction de toute considération relative à l'auteur du dommage. En envisageant le seul intérêt de la victime, il oublie que le rapport de responsabilité entre la victime et l'auteur du dommage est un rapport social, humain, et que la réparation, traduisant la mise en œuvre de cette balance, doit s'efforcer de concilier et de coordonner les intérêts respectifs de tous. Une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable étant susceptible de convoquer ces deux difficultés, elle justifie donc que l'on porte attention à cette question.

695. Plan. Il s'agira ainsi de s'intéresser aux impératifs budgétaires que suscite l'incertitude du principe de réparation intégrale à l'endroit des activités à risque, telles que les activités de fusion (A.), et, par la suite, à la rupture de l'équilibre intrinsèque du rapport de responsabilité entre l'exploitant d'une activité à risque et la victime auquel sa rigueur pourrait porter atteinte (B.).

A. La rigueur du principe au prisme des impératifs budgétaires

696. La dimension économique de la responsabilité même sans faute. L'incertitude du principe de réparation intégrale est une source de difficulté certaine quand le débiteur éventuel de la réparation doit prévoir l'étendue de sa dette de responsabilité. Dans ce domaine, on connaît donc le rôle qu'a pu jouer l'assurance de responsabilité, atténuant l'enfer de sévérité qu'a représenté la promotion des régimes de responsabilité *même sans faute*. Mais réciproquement, cette immersion de l'assurance dans le droit de la responsabilité a influé sur la relation du « *je t'aime moi non plus* »³⁰⁹³ entretenue entre le droit et l'économie. Le premier a ainsi été appelé à se modifier et il est apparu que la capacité économique à « l'assurance et la capacité économique de l'assurance ne [devaient] pas rester des capacités extérieures à la règle de droit »³⁰⁹⁴. La question des impératifs budgétaires et celle de poser des bornes à l'obligation de réparer sont donc apparues d'une importance fondamentale dans le cadre des régimes de responsabilité destinés à réceptionner les risques technologiques, et particulièrement le risque technologique majeur, tel le risque nucléaire de fission, caractérisé par sa faible probabilité

³⁰⁹² E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 298.

³⁰⁹³ J.-P. KOVAR, « "Je t'aime moi non plus" sur les rapports difficiles mais néanmoins nécessaires entre l'économie et le droit de la concurrence » in B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, ed. Cujas, 2002, p. 47.

³⁰⁹⁴ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 245.

d'occurrence et l'ampleur des dommages en résultant³⁰⁹⁵. Prise seule, l'imprévisibilité du risque n'était, en effet, pas un frein à l'assurabilité³⁰⁹⁶. Envisagés en tant que tels, les événements de grande ampleur ne constituaient pas un obstacle à la mutualité, voire à la constitution de garantie financière personnelle³⁰⁹⁷. Le problème s'est posé lorsque l'imprévisibilité du risque s'est jointe à l'éventualité de dommage de grande ampleur excluant toute référence à la loi des nombres pour en apprécier les réelles chances de réalisation et l'étendue des dommages. Pour les activités nucléaires de fission, la fin de l'histoire est ainsi connue selon laquelle la limitation de la responsabilité/réparation³⁰⁹⁸ tant par victime³⁰⁹⁹ que par événement³¹⁰⁰ est apparue comme une solution imposée par l'assurabilité du risque. Pour cela, ce point doit être envisagé dans le cadre de l'établissement d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque susceptibles de réceptionner, entre autres, la réparation de tels dommages.

697. Plan. Il conviendra ainsi de mesurer la pertinence d'une prise en considération de ces impératifs au sein de la règle de responsabilité et leur influence sur une limitation éventuelle de la réparation (1.) avant d'élargir le regard porté sur la légitimité de la méthode en droit de la responsabilité (2.).

1. L'opportunité in casu d'une prise en compte des impératifs budgétaires

698. L'opportunité d'une modulation de la dette de réparation. Vis-à-vis des activités à risque, à l'instar des activités de fusion, susceptibles de présenter un risque nouveau et difficilement assurable, la prise en considération de l'impératif budgétaire, supposé par la réparation des dommages résultant de leur poursuite, suscite autant d'interrogations et d'incertitudes que la question de l'assurance obligatoire. Elle se pose principalement, parce que dans le cadre de la règle de responsabilité, il ne serait prévu aucune obligation d'assurance. Partant de ce principe, la question pourrait effectivement se poser de l'opportunité de tempérer la teneur de la dette de réparation susceptible d'incomber à l'exploitant. En effet, quoique nous ayons déjà rappelé que l'étendue de la réparation et celle de l'assurance, bien qu'étroitement liées, pouvaient théoriquement obéir à des limites distinctes, il reste que promouvoir la seule limitation d'une assurance (facultative) ne saurait suffire dans le contexte qui est le nôtre, et ce pour deux raisons. D'une part, la réalisation de certains risques peut présenter cette spécificité de porter autant atteinte aux victimes qu'aux biens de l'exploitant ruinant les possibilités

³⁰⁹⁵ Voy. outre les différentes limitations du régime de responsabilité nucléaire, modèle-type en la matière : A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, pp. 125 et ss ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., p. 60 ; L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 221 et ss.

³⁰⁹⁶ Certes, l'assureur pouvait exiger d'être parfaitement informé *ex ante* sur la probabilité d'un accident, si bien que des informations peu nombreuses empêchant celui-ci de s'en référer à la loi des nombres ne constituait pas une situation idéale. Cependant, des techniques ont toujours existé permettant aux assureurs d'appréhender cette « ambiguïté ». Ainsi, des analystes économiques du droit ont mobilisé ce concept « d'ambiguïté pour l'assureur » et ont montré que ce dernier peut réagir concernant l'incertitude relative à la probabilité d'un événement en tarifant des primes supplémentaires : voy. M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, op. cit., p. 96 référant notamment les travaux de H. KUNREUTHER, R. HOGARTH ET J. MESZAROS, "Insurer Ambiguity and Market Failure", *Journal of Risk and Uncertainty*, 1993, n°7, pp. 71-87.

³⁰⁹⁷ En effet tant que la survenance éventuelle d'un dommage pouvait obéir à une loi des grands nombres, la réparation intégrale pouvait s'avérer compatible avec l'impératif de prévisibilité de la dette, le principe de la mutualité imposant que le montant total des primes d'assurance encaissées corresponde peu ou prou au montant suffisant pour que les dommages puissent être indemnisés.

³⁰⁹⁸ Sur le lien entre limitation de la responsabilité et limitation de la réparation : voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2 (introduction).

³⁰⁹⁹ Supposant une dérogation à la compréhension du principe de réparation intégrale comme imposant la réparation de l'entier dommage *ratione materiae* : voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

³¹⁰⁰ Supposant une compréhension du principe comme imposant la réparation monétaire de l'intégralité des dommages : voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

de se prévaloir de son patrimoine personnel, en dépit de tout « superprivilège » pouvant leur être accordé³¹⁰¹. Or, parce que nous plaçons la règle de responsabilité dans une approche de droit général, l'État ne devrait pas être appelé à devenir *de jure* un débiteur subsidiaire de la responsabilité de l'exploitant. Son intervention ne devant pas être tenue pour acquise, elle ne saurait donc participer à la réalité d'une responsabilité illimitée de l'exploitant. En pratique, l'exploitant serait donc soumis à une responsabilité *de facto* limitée. D'autre part, limiter *de jure* l'assurance reviendrait *de facto* à imposer le recours à la garantie financière ou l'assurance : l'un sans l'autre n'obéissant à aucune nécessité logique³¹⁰². Dans cette hypothèse, il suffirait de s'en limiter aux limites naturelles de l'assurance et/ou à la volonté des assureurs d'instaurer la limite de leur choix dans les contrats d'assurance. Or, outre la difficulté d'adapter des limites d'assurances à un ensemble de risques indéterminés et hétérogènes, il n'est pas besoin de rappeler la contrepartie première de l'obligation d'assurance dans le cadre de la règle de responsabilité : celle d'une détermination préalable des activités à risque. L'obligation d'assurance étant ainsi réduite à une incitation minimale³¹⁰³, une modulation de la dette potentielle de réparation pourrait ainsi constituer un argument rassurant sur l'assurabilité du risque. Partant de ce constat, la modulation de la dette de réparation pourrait présenter plusieurs vertus en réglant tant que faire se peut les dangers équivalents de l'in-assurabilité de certains risques et de la non-assurance de certains autres³¹⁰⁴. D'abord, elle pourrait être bénéfique pour encourager la poursuite d'activités présentant « objectivement » un « bon risque », mais « un mauvais risque » aux yeux des assureurs, faisant ainsi craindre à celui qui présente une aversion pour le risque de l'entreprendre³¹⁰⁵. Cela pourrait éventuellement être le cas dans l'hypothèse d'un risque nouveau, incertain, et difficilement mutualisable, à l'instar du risque nucléaire de fusion. Ensuite, et pour les risques assurables, elle pourrait promouvoir à l'assurance en insistant sur sa dimension incitative. Celui présentant une propension pour le risque serait peut-être davantage incité à faire assurer son activité s'il sait que sa dette de réparation pourra peu ou prou équivaloir au montant de la garantie qu'on lui a accordée. Enfin, cela pourrait, en tout hypothèse, être un moyen de sécuriser un budget pour la réparation.

699. Les limites d'une modulation de la dette de réparation. Cela étant admis, on peut avancer plusieurs arguments à l'encontre d'une telle proposition. On peut d'abord objecter qu'une telle limitation réduit la dimension préventive attachée à la responsabilité même sans faute. Cela est partiellement vrai. Certes, la responsabilité illimitée constitue une des conditions posées par l'analyse économique du droit à la fonction préventive de la responsabilité même sans faute. Néanmoins, et l'assurance étant encore ici réduite à une incitation et dénuée d'obligation d'assurer, l'assureur serait toujours en mesure de poser les conditions de sa garantie et ainsi constituer l'acteur de la prévention dont on a fait état supra³¹⁰⁶. On peut ensuite objecter que l'activité, imposant le recours à une modulation de la dette de responsabilité potentielle pour être poursuivie et assurée, présente un

³¹⁰¹ Sur cette idée de superprivilège : voy. *supra* note n°2006.

³¹⁰² Il suffirait en l'absence d'assurance obligatoire de s'en limiter aux limites naturelles de l'assurance et à la volonté des assureurs d'instaurer la limite de leur choix dans les contrats d'assurance.

³¹⁰³ Voy. *supra* note n°3004.

³¹⁰⁴ Voy. D. KESSLER, « Le marché de l'assurance des risques industriels en 1993 », *op. cit.*, p. 18

³¹⁰⁵ Voy. *supra* Section 1, § 1, B.

³¹⁰⁶ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 1.

danger trop important pour qu'elle perdure, et ne serait donc pas « désirable »³¹⁰⁷. Mais de nouveau, cet argument trouve un contre-argument dans le fait qu'on ne saurait se fier aux limites assurantielles pour participer au tri des « activités désirables »³¹⁰⁸. De plus, puisqu'on ne peut, en l'absence d'assurance obligatoire en appeler à la sanction *ex ante* la réalisation du risque, il est autant préférable d'inciter à l'assurance les activités « non-désirables » ayant échappé à la vigilance de l'autorité étatique. Enfin, on peut considérer, au souvenir d'un argument évoqué *supra*, que la limitation de la réparation doit pouvoir s'adapter pour chaque activité, et que la généralisation de la solution au sein de la règle serait impossible³¹⁰⁹. Sur ce point, on se bornera simplement à souligner que si nous évoquons la *modulation* d'une dette *potentielle* de la réparation, il est de multiples manières d'y procéder, qu'il s'agisse d'encadrer la dette effective de réparation ou les conditions dans lesquelles elle naît dans le chef des victimes, et qui supposent un moindre degré d'homogénéité.

D'autres objections seraient plus fondées, notamment celles qui pourraient être formulées vis-à-vis de l'opportunité de l'argumentaire et de l'hypothèse envisagée qui serait celle d'évènements catastrophiques. Or, par la focalisation conjoncturelle de notre étude sur les activités de fusion, nous avons déjà admis que la règle de responsabilité n'a pas vocation à réceptionner ces seuls évènements mais ceux causés par les activités se caractérisant principalement par la complexité entourant la réalisation d'un risque³¹¹⁰. Sans préjuger de la possibilité de devoir encourager l'assurance du risque nucléaire de fusion à raison de son caractère nouveau, telle est, en effet, la première particularité que nous lui attribuons : celle d'un risque (présumé) de faible ampleur mais présentant des caractéristiques telles que l'application d'une règle de responsabilité particulière est justifiée³¹¹¹. Dit autrement, moduler la responsabilité des exploitants d'activités à risque *de jure* pourrait revenir à préjuger de l'existence de « dommage catastrophique », et donc à généraliser, au sein de la règle de responsabilité, la solution d'un problème n'étant pourtant susceptible d'affecter qu'une partie des activités qu'elle pourrait viser. Or, d'une part, l'étude de l'application du régime de responsabilité civile nucléaire aux activités de fusion a témoigné de ce danger pour l'opinion publique d'imposer des limitations (quelle qu'elles soient) à des risques de valeurs différentes³¹¹². D'autre part, cela viendrait contredire l'esprit de la règle, et ce d'autant plus que nous n'avons pas non plus dénié la possibilité que puissent, en pareille circonstance, intervenir *in media res* des débiteurs subsidiaires, qu'il s'agisse d'assureurs directs ou d'un fonds spécifique³¹¹³. Davantage, l'établissement d'une règle de responsabilité ne saurait signifier renoncer à toute solution d'exception si la survenance d'un évènement catastrophique devait épuiser la « réparation » sur le fondement de celle-ci³¹¹⁴. La liberté

³¹⁰⁷ On retrouve ici l'idée selon laquelle le plafond naturel de l'assurance pouvait permettre de sélectionner les « activités désirables » et jauger le critère de « raisonnabilité » du progrès technologique vu *supra* Section 1, § 1, B.

³¹⁰⁸ Voy. en ce A. ROUYÈRE, « La responsabilité civile en matière de risque sanitaire. Audace et concessions des textes européens », *op. cit.*, p. 407 dont le propos est reproduit *supra* Section 1, § 1, B

³¹⁰⁹ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 2, A, 2.

³¹¹⁰ Voy. principalement la conclusion de la Partie I, *infra* Section 2, § 1 et Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2, b in fine.

³¹¹¹ Sur ces critères voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

³¹¹² Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2 *in globo*.

³¹¹³ En effet, que l'assurance directe n'ait pas vocation à se substituer à la règle de responsabilité ne signifie pas qu'elle serait rendue totalement inefficace et/ou qu'elle soit totalement abandonnée dans son principe. Il en va de même de la question d'un fonds d'indemnisation, éventuellement, alimenté par des exploitants.

³¹¹⁴ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 354.

laissée au législateur d'instituer des mécanismes est une liberté de ne pas faire mais également de faire. Enfin, et surtout, cette liberté de faire du législateur pourrait l'autoriser de favoriser certaines activités en (re)créant le lien entre la limitation de la responsabilité et assurance obligatoire. Pour cela, si l'on tient à questionner une limitation éventuelle de la responsabilité, celle-ci doit trouver d'autres justifications.

2. L'opportunité in globo de la prise en considération des impératifs budgétaires

700. Un principe à l'application « insupportable ». Au-delà de la seule sphère du risque technologique, les impératifs budgétaires constituent un problème latent du droit de la responsabilité civile et un argument croissant à l'encontre du principe de réparation intégrale. Les hypothèses sont en effet rares où la réparation d'un dommage ne soulève pas un problème d'économie budgétaire³¹¹⁵. D'aucuns soulignent ainsi que son application généralisée a conduit, dans une société où toute activité productive implique l'emploi de procédés dommageables, à imposer des charges considérables à tous ceux qui prennent des initiatives. Comme beaucoup d'entre eux sont en mesure de répercuter ces charges sur leur consommateur ou sur une collectivité d'assurés, c'est finalement la population tout entière qui serait appelée à supporter un coût « non extensible à l'infini »³¹¹⁶. Extrêmement malléable, le principe de la réparation intégrale recèle en lui-même « une force d'expansion qui permet de craindre que le prix de la sécurité des victimes ne devienne extrêmement élevé pour l'ensemble du corps social »³¹¹⁷. Certes, il s'agit là d'un état de fait dont on ne peut préjuger³¹¹⁸. Néanmoins, face à un tel problème deux solutions seraient possibles. Soit on prend les devants en aménageant la réparation. Soit « aucune réglementation n'est envisagée et *de facto* le niveau d'indemnisation baissera de façon anarchique [...] au détriment des plus faibles »³¹¹⁹. En effet, si l'argent de la responsabilité ne suffit plus, le complément d'indemnisation sera recherché au travers de l'assurance directe laquelle, en sus de n'être ouverte qu'aux seuls individus dont le niveau de revenus permet la souscription de ces garanties³¹²⁰, peut, comme l'indemnisation sociale, souffrir les mêmes limites³¹²¹.

701. Un principe intrinsèquement « inéquitable ». Partant, c'est l'inégalité intrinsèque que suppose la rigueur du principe de réparation intégrale qui alarme la doctrine. Focalisé sur le dommage subi,

³¹¹⁵ Voy. E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., pp. 340 et ss.

³¹¹⁶ CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, op. cit., p. 313

³¹¹⁷ S. CARVAL, P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p. 160. Les auteurs font ainsi référence à un arrêt de la Cour d'appel de Paris, validée en cassation, où il avait été octroyé une réparation à hauteur de 145 millions de franc au vendeur d'un tableau qui avait été privé de la possibilité de le présenter sur le marché mondial et donc de le vendre à meilleur prix (que 55 millions de francs) : Cass. 1^{ère} civ., 20 février 1996, Bull. civ. I, n°97. Dans le même sens : G. VINEY, *Introduction au droit de la responsabilité*, op. cit., pp. 165 et ss ; C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, op. cit., pp. 246 et ss ; E. MACKAY, « Le droit relatif aux accidents : une interprétation économique », *La revue juridique Thémis*, vol 15, pp. 383-415

³¹¹⁸ Voy. C. COUTANT LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, op. cit., p. 265 et J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés en droit de la responsabilité civile extracontractuelle » in *Liber amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, op. cit., p. 147 relevant « [qu']en dépit du développement de l'analyse économique du droit, il n'existe à ce jour guère de travaux mesurant les effets économiques concrets de l'application des règles du droit civil, du moins en France. Une telle absence a pour conséquence qu'il est difficile de savoir si, d'un point de vue économique, la facilité avec laquelle la responsabilité peut être engagée en droit français est une bonne ou une mauvaise chose ».

³¹¹⁹ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, op. cit., p. 249.

³¹²⁰ On en reviendrait à une potentielle discrimination sociale évoquée *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, A, 2.

³¹²¹ Qu'il s'agisse d'un fonds d'indemnisation dont les contributions seraient à la charge des exploitants d'activités à risque ou qu'il s'agisse d'un mécanisme relevant de l'assurance directe obligatoire ou encore d'une intervention étatique, nul ne saurait véritablement prédire la charge financière que la collectivité sera, en dernier lieu, susceptible de supporter : voy. concernant l'indemnisation sociale J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, op. cit., pp. 240-245. Le raisonnement est également valable pour l'assurance directe, le coût de la réparation pouvant entraîner une augmentation des primes : rapprochez *supra* note 2233.

le principe manque d'une prise en considération de l'échelle des richesses, révélant sa profonde iniquité quand il doit apparaître en sus que la réparation relève *in fine* d'une collectivisation du risque. En effet, alors que les préjudices peuvent évoluer suivant le niveau de vie des individus³¹²², chacun devra potentiellement assumer *in fine* le même coût. Ce sont ainsi les bas revenus qui sont défavorisés puisqu'ils assument ce coût pour un bénéfice inférieur : loin d'agir comme un « correctif de la disparité en faveur des revenus les plus bas »³¹²³, « le système fonctionne dans une certaine mesure au profit des plus riches et au détriment des plus pauvres »³¹²⁴. Cet argument peut également être retourné. Il peut autoriser à considérer que la focalisation sur le seul dommage s'est opérée au détriment des responsables. Derrière cette problématique des « impératifs budgétaires » se dissimule donc un autre problème. Il s'agit de celui de l'idéologie de la réparation qui a véritablement marqué le passage « d'une injustice à une autre : après avoir injustement ignoré les besoins d'indemnisation de certaines victimes de dommages, le juge condamne injustement certains auteurs de dommages à réparation »³¹²⁵.

B. La rigueur du principe au prisme de l'impératif d'équilibre

702. La nécessité d'un rééquilibrage de la responsabilité. Justifié par le seul souci de faciliter l'indemnisation des victimes, le « sécuritarisme »³¹²⁶ de la responsabilité a pour conséquence de porter atteinte tant à l'essence qu'à l'efficacité de l'institution. Originellement, qu'elle fût fondée ou non sur la faute, la responsabilité reposait sur une idée de justice commutative. Elle était opérante dans toutes ses fonctions, car elle apparaissait comme un facteur d'égalité entre les victimes et les auteurs de dommage : parce qu'il existe « entre les hommes, vivant en société, un état d'équilibre [...] cet équilibre se trouve en quelque mesure rompu quand ce qu'une personne a sous son autorité [...] cause un dommage à autrui en se comportant de façon incorrecte »³¹²⁷. Dans ce contexte, et non sans rappeler cette idée de justice et d'équité résultant d'une traduction juridique du jugement de Salomon mise en évidence par le doyen CARBONNIER³¹²⁸, la réparation tenait « la balance égale entre les intérêts opposés »³¹²⁹. Dit autrement, une condamnation à réparer n'était juste, et donc efficace, qu'à partir du moment où elle permettait d'établir un équilibre entre les situations du débiteur et du créancier à la

³¹²² Les pertes pécuniaires étant par exemple *de facto* plus étendues si la victime est plus riche.

³¹²³ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, op. cit., p. 247.

³¹²⁴ G. VINEY, B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, Economica, 1985, p. 52 ; S. CARVAL, P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p. 159.

³¹²⁵ Voy. B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, op. cit., p. 275.

³¹²⁶ L'attention portée aux victimes de dommage aurait en effet donné naissance au « sécuritarisme » que Hugo BARBIER définit comme « non pas une pensée qui fait de la sécurité un élément nécessaire à l'ordre juridique et social mais bien plus radicalement comme une pensée tendant à faire de la sécurité, la finalité du droit ». Il procéderait ainsi « d'une inversion entre le seul but du droit qu'est la justice et l'un des moyens de l'atteindre qu'est la sécurité » : voy. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, op. cit., p. 44

³¹²⁷ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Droit civil français, Responsabilité délictuelle*, tome VI-2, Paris, Librairie technique, 1989, p. 2

³¹²⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, op. cit., pp. 444-445.

³¹²⁹ L. HUSSON, *La transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Paris, PUF, 1947, p. 335 pour qui « la considération de ce que chacun réclame, ou peut réclamer comme sien, ne saurait suffire à fonder un ordre juridique parce que la vie sociale met ces revendications en concurrence, et qu'un ordre juridique consiste justement à substituer un arbitrage au choc brutal dont l'issue consacrerait le triomphe de la violence. L'arbitrage n'a chance de se faire accepter des deux parties, et il n'est satisfaisant que pour la raison, que s'il tient la balance égale entre les intérêts opposés » et mettre en lien avec S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., p. 208 relevant les dangers d'une condamnation trop lourde à réparer, notamment sur le rôle pédagogique de la responsabilité.

dette, et partant qu'elle supposait de tenir compte des situations de chacun³¹³⁰. Aujourd'hui, la réparation supposerait donc que soit réintroduite une certaine considération pour la situation des auteurs de dommage, voire plus généralement sur les circonstances qu'implique la vie en société. Le problème étant que si l'on reproche à la responsabilité, et plus spécifiquement à l'application du principe de la réparation intégrale, de ne tenir compte que de la seule donnée du dommage sans prendre en considération l'auteur du dommage, cette prise en considération s'avère délicate à opérer dans le contexte qui est le nôtre.

703. Plan. Envisagé tant par le prisme général des désagréments qu'entraîne la vie en société (1.) que par la prise en considération de la situation individuelle des auteurs de dommages (2.), cette recherche d'équilibre se heurte en effet à la *ratio legis* de la règle de responsabilité que nous proposons.

1. L'équilibre général intrinsèque de la règle de responsabilité

704. L'appel au devoir de tolérance des désagréments induits par la vie en société. Que ce soit à travers le prisme du dommage réparable³¹³¹ ou de l'étude des faits générateurs de responsabilité³¹³², voire du fondement de la responsabilité³¹³³, la question de l'équilibre général portée par l'institution de la responsabilité a intéressé une partie de la doctrine française. S'inscrivant dans la logique de solutions éprouvées tant par les droits étrangers³¹³⁴ que par le droit français³¹³⁵, voire par le droit international³¹³⁶, certains auteurs appellent sous ces formes diverses à la reconnaissance globale d'un devoir de tolérer certains désagréments que doit engendrer la vie en société. Dans une logique sous-jacente de la règle *de minimis non curat praetor*³¹³⁷, ils admettent ainsi que soient posées des bornes à l'obligation de réparer dès lors que « toute vie en société impose aux membres de cette société certains sacrifices et leur fait assumer certains risques [et qu'] il serait singulier qu'œuvre sociale, le droit

³¹³⁰ N'est-ce pas là d'ailleurs ce que la Cour de cassation devrait tendre à souligner lorsqu'elle rappelle régulièrement que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage » ?

³¹³¹ Voy. spécifiquement. A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable : réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, sp. pp. 412 et ss ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle » in *Liber amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, op. cit., pp. 145-172 ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) ? », op. cit., pp. 61-65.

³¹³² Voy. spécifiquement J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses : un régime qui a fait son temps », *RTD civ.*, 2010, pp. 1-30 ; « La responsabilité du fait des choses et/ou des activités dangereuses » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, op. cit., pp. 279-290.

³¹³³ Voy. not. B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2020, 530 p., sp. pp. 58 et ss.

³¹³⁴ Le juge italien, face à l'accroissement des demandes d'indemnisation, a consacré l'existence d'un « devoir de tolérer » sur le fondement de l'article 2 de la Constitution italienne : Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 24 giugno, 11 novembre 2008, n°26972 (trad.) : « toute personne insérée dans le corps social doit accepter les préjugés marqués par la futilité en vertu du devoir de tolérance que la coexistence impose (article 2 de la Constitution) » : voy. M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », *D.*, 2010, pp. 2376-2378. Quant au droit allemand, il fait du refus de protéger contre les risques normaux de la vie (*Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko*) une limite solide : voy. O. BERG, *De l'atteinte aux intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages : essais d'une théorie en droit français et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 103

³¹³⁵ On pourra par exemple voir une limite à l'obligation de réparer dans l'exigence d'un dommage anormal dans certains régimes de responsabilité sans faute du droit administratif, ou encore dans le trouble anormal de voisinage qui impose un certain devoir de tolérance : voy. notamment la référence qui est faite à ce dernier par J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *RTD civ.*, 1995, n°3, p. 533-559.

³¹³⁶ Telle est la logique, en droit international, du projet de CDI, « Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », op. cit., sp. principe 2, comm. § 2 : « [I]orsque des États conduisent des activités licites sur leurs propres territoires, celles-ci produisent des effets dans d'autres États. Tant que ces effets mutuels ne peuvent être qualifiés de « significatifs », ils sont considérés comme tolérables ».

³¹³⁷ Voy. sur cette assimilation A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, op. cit., pp. 412-413 et pour une application rare mais intéressante par la Cour de cassation de ce principe : voy. Cass. civ. 1, 4 avril 1991, n°89-17.011, *Bull. civ. I*, n°217.

n'enregistrât pas et n'utilisât pas cette vérité d'évidence»³¹³⁸. Autrement dit, faisant face à une institution liberticide, ces auteurs cherchent à souligner cette fonction oubliée de la responsabilité de protéger les victimes « des dommages injustement causés », mais également de protéger « les intérêts de ceux qui agissent et par-là sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts d'autrui » et l'utilité sociale de certaines activités ou comportements dommageables qu'un emballement de la responsabilité risquait *in fine* de décourager³¹³⁹.

705. Un appel trouvant un écho relatif dans le cadre des activités à risque. Il est certainement permis d'adhérer à cette vision. Il reste néanmoins délicat de douter de la transposition de ces idées à notre proposition, si cette interprétation doit à l'excès conduire à considérer que le dommage « injustement causé » est celui résultant d'une seule faute ; le reste n'étant que méconnaissance de la « liberté d'agir »³¹⁴⁰. Rechercher cet équilibre dans l'application de la règle de responsabilité du fait des activités à risque reviendrait en effet à dénier sa spécificité. Dans le cadre de la règle de responsabilité, l'évocation de la faute se justifie par la particularité de l'activité qui expose les victimes à un risque. A l'image du risque nucléaire de fusion, le risque visé est un risque potentiellement incompressible qui peut se réaliser en dépit des précautions les plus extrêmes (et donc sans faute), et dont la « survie » au sein de la société sera globalement conditionnée par la prise en considération des dommages que sa réalisation peut causer. Dès lors, la règle de responsabilité envisagée visera en premier lieu à réceptionner ces dommages *anormalement causés*, ou plus exactement, ceux qui résultent de la réalisation d'un risque que l'on qualifiera ultérieurement d'*anormal*³¹⁴¹. Sans anticiper à l'excès sur les développements qui suivront, la responsabilité sera justifiée par l'anormalité du risque que présentent ces activités, et qui constitue la juste limite de la tolérance exigée à l'endroit de la responsabilité *même sans faute*³¹⁴². Partant, la règle de responsabilité du fait des activités à risque bornerait *de facto* la réparation en créant ainsi *a contrario* cet « espace de liberté, au sein duquel les justiciables pourraient

³¹³⁸ R. LATOURNERIE, « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *RDP* 1945, p. 32. Voy. not. dans le même sens M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », *D.*, 2010, p. 2376-2384 ; F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, LGDJ, 1981, p. 2323 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix en Provence, PUAM, 2014, n°163 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables [...] », *op. cit.* ; « La responsabilité du fait des choses : un régime qui a fait son temps », *op. cit.* ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparations ? », *op. cit.*, pp. 60-65.

³¹³⁹ Voy. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, p. 2. Voy. dans le même sens B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 275 ou encore J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, pp. 85-86, et dans l'analyse économique du droit M. FAURE, T. HARTLIEF, *Assurance et expansion des risques systémiques*, *op. cit.*, p. 112.

³¹⁴⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, pp. 85-86 nuancé par J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, p. 2 : « il n'est pas simple de définir ce qu'est un dommage injustement causé, car on ne peut se contenter, comme fut un temps, de dire que tout dommage causé par la faute d'autrui, et seul un tel dommage doit être réparé ». Rapprochez avec G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 224 faisant référence à des dommages « injustement causés » comme non contraire au droit mais non conforme à une idée de justice.

³¹⁴¹ L'anormalité du dommage est une référence ancienne. Chez PLANIOL et JOSSERAND, elle constituait déjà un indice de l'illicéité du fait étant à l'origine du dommage : M. PLANIOL, « Étude sur la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, p. 88 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, 2^{ème} ed., Paris, Dalloz, 1939, pp. 358 et ss. Le seul dommage anormal est néanmoins une notion difficile à définir et ambiguë, car un dommage grave peut être anormal et pourtant résulter d'un fait minime. Le problème réside ainsi dans la dualité de la notion d'anormalité tel que l'a montrée B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.* Pour cela, on envisagera « l'anormalité » dans le risque : le risque anormal et donc le dommage « anormalement » causé par sa réalisation (voy. *infra* §2 et Titre II, Chapitre 1, Section 1).

³¹⁴² Voy. en sens P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 2002, p. 33 : « à force de rendre responsable de tout et de tous, on nie la nature même de l'activité humaine. L'homme est par essence libre et doit à ce titre répondre de ses actes fautifs ou anormaux dommageables. Le rendre responsable du seul fait qu'il a causé un dommage, c'est nier cette liberté, en ce sens ». Dans le même sens, P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 197 ou encore « La Constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *op. cit.*, sp. p. 37, §§ 29-30.

agir sans risquer d'engager leur responsabilité »³¹⁴³. Cela étant, il convient de préciser que cet « espace de responsabilité », ne sera justifié, comme on le verra quelques pages plus loin, qu'à condition que la règle s'applique effectivement aux dommages qui seront susceptibles de résulter de ce risque *anormal*³¹⁴⁴.

2. L'équilibre spécifique disparate de la règle de responsabilité

706. Un équilibre spécifique adaptable aux activités à risque. Par-delà la condition générale vue ci-dessus, la recherche d'équilibre suppose également que soit réintroduite une certaine considération pour la situation des auteurs de dommage au cas par cas, et notamment des exploitants, qu'il faudrait manquer de « caricaturer sous les traits d'un homme d'affaire allègre, d'un triomphant égoïsme, dont on n'hésiterait pas à modérer le gout du risque et l'appât des profits par la menace salutaire d'une lourde responsabilité »³¹⁴⁵. Regrettant que le droit, « ensemble de règles précises et objectives », ne puisse pas « toujours tenir compte des exigences de la loi morale que révolte le fait, qu'une faute peut-être minime oblige une personne à priver du nécessaire elle et sa famille pour conserver à un autre le superflu qui empoisonne son âme », Ève ROUJOU DE BOUBÉE questionne ainsi l'opportunité d'admettre une modération de la réparation lorsque la situation du responsable *même sans faute* et l'importance du dommage sont telles qu'une réparation serait manifestement trop lourde pour lui³¹⁴⁶. Certes, cette revendication légitime et liée à la situation strictement personnelle du responsable paraît délicate à appliquer dans le cadre de notre étude si l'on doit supposer que l'exploitant n'est pas nécessairement un individu isolé. Elle invite néanmoins à réfléchir à la transposition de cette idée vis-à-vis de l'utilité sociale que peut présenter une activité à risque.

707. Plan. En effet, à première vue, en effet, le critère de l'utilité sociale paraît le plus à même d'établir un équilibre spécifique (a.). Il reste néanmoins délicat à mettre en œuvre (b.).

a. La pertinence du critère de l'utilité sociale de l'activité à risque

708. L'inopérance du critère fondé sur le respect des droits fondamentaux. Favorables à la reconnaissance de l'utilité sociale de certains comportements dommageables, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme ont incidemment souligné la pertinence de prendre en considération les déclarations de droits fondamentaux³¹⁴⁷. Le fait que le droit de la responsabilité doive protéger certains droits ou libertés dont l'exercice peut être dommageable pour autrui emporte d'ailleurs généralement la conviction, même au sein des propositions de réforme de

³¹⁴³ J. S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, p. 2.

³¹⁴⁴ Voy. *infra* § 2, 1).

³¹⁴⁵ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *RIDC*, vol. 11, 1959, p. 511.

³¹⁴⁶ E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 327 citant H et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité pratique et théorie de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1965, n°2399.

³¹⁴⁷ Comme vu *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, la Cour européenne des droits de l'homme protège la responsabilité civile afin de garantir l'effectivité des droits de la Convention. Réciproquement, il lui arrive donc de limiter la réparation au nom d'un droit fondamental ; celui de l'auteur du dommage. Quant au Conseil constitutionnel, en rattachant la responsabilité civile au devoir de ne pas nuire à autrui, il porte une grande attention à l'auteur du dommage ; il s'inscrit ainsi, comme le souligne Bénédicte GIRARD dans une logique « de contre-offensive de la culpabilité » dont le résultat vise également à rationaliser le recours à la responsabilité dans une logique purement indemnitaire : voy. B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, *op. cit.*, sp. pp. 273 et ss et également sur cette question du droit de nuire comme conséquence de l'exercice d'un droit subjectif J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *op. cit.*, pp. 533-558.

la responsabilité civile les plus radicales³¹⁴⁸. Ainsi, lorsque l'activité dommageable prend source dans l'exercice de la liberté d'expression ou dans l'exercice du droit de grève, il est jugé indispensable d'établir la mesure entre les intérêts « contrariés et contrariants » :

« l'intérêt de l'employeur de ne pas subir de grève n'existe qu'en marge du droit de grève ; celui de l'écrivain de ne pas subir de critique négative suppose que s'efface la liberté d'expression ; celui du commerçant de ne pas souffrir de la concurrence n'existe qu'hors de la mesure de l'encadrement de la liberté d'entreprendre »³¹⁴⁹.

Autrement dit, les dommages en résultant « *normaux* et prévisibles » sont ceux qui permettent à ces droits d'exister³¹⁵⁰.

Toutefois, la poursuite d'une activité à risque à l'instar de l'exploitation d'une installation de fusion nucléaire ne rend pas indispensable que soient causés des dommages à autrui. Elle peut simplement rendre « indispensable » que pèse sur autrui un risque de dommage marquant la dichotomie entre activité licite et dommage illicite. Lorsqu'elle prend source dans l'exercice éventuel d'une liberté d'entreprendre ou de recherche, que l'on pourrait réunir, à l'instar d'Hugo BARBIER sous le concept de liberté de prendre des risques³¹⁵¹, et qu'elle est dans le même temps susceptible d'entraîner une atteinte aux droits à la vie, à la propriété ou à la vie privée des tiers³¹⁵², la mesure des intérêts en balance se trouve vite appréciée. Cela sans compter sur le fait qu'il semble bien ressortir de la thèse de l'auteur que le devoir d'assumer le *risque anormal* constitue la contrepartie nécessaire de l'exercice de cette liberté³¹⁵³. *In fine*, la seule issue consisterait donc à considérer arbitrairement l'intérêt général poursuivi par l'activité.

709. L'opérance du critère de l'utilité sociale de l'activité. La question de l'utilité de l'activité a constitué un argument important au sein des facteurs d'équilibre visant à rechercher une responsabilité *même sans illicéité* des Etats du fait des activités à risque, bien qu'elle n'ait *in fine* pas été consacrée comme tel³¹⁵⁴. Il faut dire que les règles de la responsabilité s'infléchissent régulièrement

³¹⁴⁸ Voy. pour exemple R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, Paris, LGDJ, 1951, n°37 à 107 qui établissait une liste des activités autorisant un droit de nuire et surtout C. RADÉ, « Réflexion sur le fondement de la responsabilité (2) Les voies de la réforme : la promotion d'un droit à la sureté », *D.* 1999, chron. pp. 323-328 où l'auteur propose de repenser le droit de la responsabilité en se fondant sur le droit à la sureté et dont une seule cause d'exonération aurait été admise : la preuve que le dommage résulte directement et spécialement de l'exercice d'un droit fondamental.

³¹⁴⁹ QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du Titre I du livre I du Code civil : à la découverte des intérêts protégés », *RTD civ.*, 2012, n°1, p. 265 résumant ainsi l'idée que certains intérêts sont protégés mais qu'il existe en creux un droit pour un tiers.

³¹⁵⁰ Voy. B. STARCK, *Droit civil, Obligations*, 2^{ème} éd., n°66 et A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit.*, p. 416 et rapprochez avec C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile du Titre I du livre I du Code civil : à la découverte des intérêts protégés », *op. cit.*, p. 265 relevant justement une protection conditionnée à l'usage « normal » des « intérêts contrariants ».

³¹⁵¹ Voy. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, pp. 117 et ss.

³¹⁵² Le rassemblement de ces trois droits est intéressant car, par le prisme du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, il se rassemble également dans le droit à un environnement sain visant à réceptionner, en partie, les accidents occasionnés par le risque technologique comme vu *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1 *in fine* notamment avec les arrêts CEDH, *Lopez Ostra c/Espagne*, 9 décembre 1994, n° 16798/90 ou encore CEDH, *Öneriyildiz c/Turquie (II)*, 30 novembre 2004, n° 48939/99. Voy. plus généralement P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 150 et ss ; Conseil de l'Europe, « Guide sur l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme », Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2019, pp. 10 et ss ; « Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2019, pp. 32, 94 et « Guide on Article 1 of Protocol 1 to the European Convention of Human Rights », Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2019, sp. p. 40.

³¹⁵³ Voy. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, pp. 438, 459 et ss.

³¹⁵⁴ Au sein de l'ébauche de projet de Robert Quentin-Baxter comme du projet du « Sixième rapport » de Julio Barboza, l'utilité sociale de l'activité apparaissait en effet comme un des facteurs permettant d'apprécier la balance des intérêts. On retrouve donc une référence fréquente à ce critère dans les travaux des deux rapporteurs. Au sein du projet de 2006, le critère est élué, ou plus exactement, il est admis comme un

selon la plus ou moins grande participation des individus à la réalisation de l'intérêt général³¹⁵⁵. C'est par un motif d'intérêt général – celui de dépasser l'aversion des exploitants et d'ainsi encourager le développement de l'énergie nucléaire – que les rédacteurs des conventions ont motivé la limitation opérée au sein du régime de responsabilité civile nucléaire et l'adéquation de celle-ci au plafond de l'assurance du risque³¹⁵⁶. Par-delà le respect des droits fondamentaux, ce critère est d'ailleurs généralement exigé par le Conseil constitutionnel³¹⁵⁷, et ce bien qu'il ait pu lui être reproché un recours élastique à cette notion réduisant parfois « les dimensions de la responsabilité à une question principale d'équilibre économique de l'indemnisation, reléguant sa fonction morale à un autre type de préoccupation »³¹⁵⁸. L'idée pourrait ainsi être réitérée qu'il serait contre-productif que celui qui fait advenir le progrès au bénéfice de tous en supporte seul le coût, voire ne puisse le répartir sur la collectivité d'aucune manière. Si l'on retrouve là l'argument relatif à « l'activité désirable », sa réalisation se trouverait cependant confrontée à une double difficulté.

b. L'application délicate du critère de l'utilité sociale de l'activité

710. Un bilan coût-avantage potentiellement subjectif et inéquitable. La prise en considération du bilan coût-avantage de l'activité peut être délicate à opérer en raison de la différence entre l'appréciation subjective et objective du risque, et l'aversion pour le risque des victimes potentielles. L'attitude du public vis-à-vis d'un risque peut varier considérablement, considérant la représentation qu'il se fait de celui-ci³¹⁵⁹. Le sentiment de danger peut naître de l'incertitude entourant le risque présenté par l'activité, et partant, de la représentation, fut-elle fictive, que l'on s'en fait. Quand l'exploitation de la fission nucléaire en a constitué un exemple probant³¹⁶⁰, la fusion nucléaire en constitue l'exemple idoine. Compte tenu de son potentiel énergétique et de son risque *a priori* réduit par comparaison au risque nucléaire de fission, elle pourrait faire montre d'une utilité sociale certaine. Le risque nucléaire de fusion reste néanmoins un risque nucléaire craint, par principe, par l'opinion

préalable à la licéité de l'activité : « Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, principe 4, comm. § 15 : « [L]es activités à risque n'ayant été acceptées qu'en raison de leur utilité pour la collectivité et parce qu'elles sont indispensables à la croissance économique, les États pourront, le moment venu, se demander si elles sont toujours indispensables et si elles ne peuvent être remplacées par des solutions plus respectueuses de l'environnement et présentant aussi moins de risques ».

³¹⁵⁵ Voy. C. PÉRÈS, « L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité civile » in *Etudes offertes à Geneviève Viney, op. cit.*, sp. p. 808.

³¹⁵⁶ Outre les développements et les références opérées *supra* Partie I, voy. S. REITSMA, "An equitable distribution of compensation: realistic or wishful thinking?" in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999, op. cit.*, p. 361 : "let us realise that, after balancing the pros and cons of nuclear energy generation, we as a society have decided to enjoy the benefits thereof".

³¹⁵⁷ Voy. not. CC, 11 juin 2010, n°2010-2 QPC, *op. cit.*, consid 11 relatif à la limitation de la faute médicale dans le cadre du dispositif anti-perruche de la loi du 4 mars 2002. Cette limitation est d'ailleurs récurrente dans la jurisprudence du Conseil et en de nombreuses matières : voy. G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2004, 408 p. ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007, 108 p.

³¹⁵⁸ P. DEUMIER, O. GOUT, « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », *op. cit.*

³¹⁵⁹ Voy. L. GILLON, « Contraintes et risques technologiques » in *La réparation des dommages catastrophiques, op. cit.*, pp. 16-18 et dans le même sens P. VOIRIN, « La notion de chose dangereuse », *DH*, 1929, chron., pp. 3 et 4 qui dans sa proposition d'établir les « choses dangereuses » considérait l'importance de « l'opinion que se font les hommes des dangers de la choses ».

³¹⁶⁰ Au début de l'exploitation de la fission nucléaire, on avait peu ou prou aucun retour d'expérience concernant les accidents nucléaires, lesquels s'avérant, en sus, malaisés à définir. Aussi, malgré le fait que certains auteurs aient pu comparer, en faveur du premier, le risque nucléaire et le risque routier, ils n'en demeuraient pas moins que le risque nucléaire renvoyait psychologiquement au souvenir de la bombe atomique, et donc aux tragédies d'Hiroshima et de Nagasaki : voy. Z. EL SHAARAOUI, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, thèse, Paris 1, 1981, p. 80 ; *Bulletin d'information du CERA*, n°119, Bruxelles, février 1976, pp.1-2 et J-P. PIÉRARD, *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé, op. cit.*, pp. 25 et ss.

publique et susceptible de faire l'objet de contestation³¹⁶¹. Alors, certes, on pourra objecter que l'intérêt général permet justement de fonder l'acceptabilité de certains risques en se passant de leur acceptation par ceux qui le subissent individuellement³¹⁶². Néanmoins, les perspectives d'expansion d'une activité sont toujours mesurées à l'aune de sa réception par le public. Aujourd'hui, la régression de l'industrie nucléaire de fission au sein de certains Etats en témoigne. Hier, c'était le régime de responsabilité civile nucléaire qui apportait cet exemple d'apaiser les craintes des victimes aux fins de favoriser le déploiement de cette même industrie³¹⁶³. Ainsi, tout dépend des valeurs partagées par la société, car elle seule donne sa réalité au risque : « un risque acceptable est un risque accepté »³¹⁶⁴. Surtout, cet intérêt général pourrait ne pas suffire à justifier que, dans le rapport bilatéral entre la victime et le responsable, ce soit alors à la victime de supporter le seul le poids de ce progrès, alors que tous bénéficient de cet avantage³¹⁶⁵. La question ne relèverait dès lors plus de la seule recherche d'un équilibre spécifique. Dans une certaine mesure, cet argument peut ainsi rappeler celui qui devait justifier que les risques de développement ne relèvent pas du droit de la responsabilité³¹⁶⁶. Dans une autre mesure, il rappelle la typologie des « dommages socialement conditionnés » par laquelle Jonas KNETSCH justifie une échelle de responsabilité collective appelant l'indemnisation sociale, et au sein de laquelle les dommages d'origine technologique occupent une place médiane parce qu'ils « sont en quelque sorte la contrepartie irréductible du progrès »³¹⁶⁷.

711. Un bilan coût avantage appelant des solutions spéciales. Nonobstant ce dernier paradoxe, les activités concernées par la règle de responsabilité présenteront toutes un risque anormal, mais elles ne présenteront ni le même risque ni la même utilité sociale. Dès lors, il peut être admis que la réparation résultant de la réalisation du risque caractérisant une activité soit limitée en raison de l'utilité sociale de cette dernière et du déséquilibre conséquent qu'entraînerait le report de cette dette sur son exploitant. Cette limitation ne pourrait toutefois pas s'opérer au sein de la règle de responsabilité. On rejoint ainsi la solution qui a déjà été formulée vis-à-vis de l'assurance obligatoire : celle selon laquelle le « bon risque » d'une activité spécifique peut ponctuellement appeler des spécificités et l'institution de toutes sortes de limitations, jusqu'à une limitation éventuelle de la responsabilité dans son *quantum* constituant alors une subvention implicite. Dans ce dernier cas, il faut toutefois admettre qu'il ne s'agirait plus seulement de prendre en considération un « équilibre

³¹⁶¹ La perception par le public du nucléaire reste en effet particulière. Le nucléaire est « mystérieux », nos sens étant insensible à ses rayonnements. Il provoque également une réaction psychologique telle la « fascination » de l'évènement très important, bien que peu probable. Enfin, nous l'avons évoqué *supra*, le risque nucléaire apparaît aujourd'hui comme un risque potentiellement non accepté. Or, ce facteur, bien que subjectif, peut avoir, d'importantes conséquences sur le plan juridique.

³¹⁶² Voy. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, p. 264 rappelant que « la décision politique et juridique de tolérer un risque majeur au sein de la société n'appelle aucune approbation des gouvernés ».

³¹⁶³ Voy. H. PAC, *Les politiques nucléaires*, Que sais-je ? n°3026, P.U.F, Paris, 1995, p. 93 ou encore E. VON CAEMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *RIDC*, vol. 9, 1957, p. 678-681.

³¹⁶⁴ F. EWALD, *L'État Providence*, *op. cit.*, p. 424 pour qui « l'idée d'une mesure objective du risque n'a pas de sens [...] : tout dépend des valeurs partagées par le groupe menacé. Ce sont elles qui donnent sa véritable effectivité au risque. On peut se livrer aux calculs de risque les plus complexes, on en arrivera, en fin de compte, à cette conclusion qu'un risque acceptable est un risque accepté ». Dans le même sens L. GILLON, « Contraintes et risques technologiques », *op. cit.*, pp. 16-18 qui comparant le risque nucléaire avec le risque automobile relevait que « le conducteur automobile accepte de n'être, habituellement, pas assuré pour lui-même car il a librement pris le volant ».

³¹⁶⁵ Voy. G. NONNENMACHER, *Vers un droit atomique*, 1956, p. 44 considérant que « le principe élémentaire de la Justice sociale exige que la réparation de préjudice ainsi causé soit assurée par la communauté sociale qui bénéficie des bienfaits de la recherche scientifique, de la production et de l'utilisation de l'énergie nucléaire ».

³¹⁶⁶ Sur le risque de développement, voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, B, 2.

³¹⁶⁷ Voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, pp. 269, 277-278.

budgétaire ». Le pas serait franchi de la « maîtrise budgétaire »³¹⁶⁸, et la limitation apportée à la responsabilité ne serait qu'une faveur matérialisant un choix strictement politique dont on peut douter qu'il ait sa place, sinon dans le domaine de la responsabilité³¹⁶⁹, à tout le moins dans le cadre d'une règle à vocation d'application générale.

712. Conclusion du §. Alors que la prégnance des impératifs budgétaires pourrait justifier que soient envisagées quelques limitations de la responsabilité des exploitants d'activités à risque dans le cadre de la règle de responsabilité, la recherche d'un équilibre entre les victimes et le responsable d'une activité à risque infirme cette possibilité. L'une des raisons à la formulation de ce constat tient dans le déséquilibre que convoque intrinsèquement la poursuite d'une activité à risque telle que l'exploitation d'une installation de fusion nucléaire qui expose les individus à un risque que l'on a reconnu, sous réserve d'explications ultérieures, comme étant anormal. Parce que ce risque incompressible est susceptible, en lui-même, de porter atteinte à certains droits garantis, tels que le droit à la vie, à la propriété ou à la vie privée des tiers, il ne confère, par principe, aucune franchise de responsabilité à celui tenu de l'assumer vis-à-vis de la victime innocente. À tout le moins, l'utilité de ce risque pour la société pourrait justifier qu'il soit procédé à quelques adaptations. Mais, en se plaçant en dehors du rapport synallagmatique entre la victime et le responsable, ces limitations ne sauraient, a priori, être justifiées par la recherche d'un équilibre *envers le responsable*. Il s'agirait alors de la simple matérialisation d'un choix politique, lequel imposerait d'opérer une sélection au cas par cas des activités concernées et dont il n'est pas exclu qu'il puisse, un jour, viser les activités de fusion nucléaire. Cela étant, la conclusion appelle à la nuance.

Si l'on peut considérer que la règle de responsabilité recherchée est intrinsèquement équilibrée *vis-à-vis du responsable*, c'est parce que nous avons mis en avant la potentialité que la réalisation des risques qu'elle vise à réceptionner puisse porter atteinte à des intérêts essentiels de la personne. Dès lors, il apparaît que l'équilibre de la règle est en réalité conditionné par la nature des dommages dont elle aurait pour vocation d'organiser la réparation. Par ailleurs, s'il subsistait de potentiels impératifs budgétaires tenant à la rigueur et à l'incertitude du principe de réparation intégrale que convoque *in casu* la responsabilité du fait des activités à risque, ceux-ci ne seraient pas tant liés au fait que l'on se soucie du sort d'un exploitant susceptible d'être acculé à la ruine. Dit autrement, les problèmes d'équilibre et d'économie que suscitent la règle de responsabilité, et par-dessus elle l'institution, touchent d'avantage la préoccupation de garantir une compensation aux victimes dont le besoin de réparation est le plus impérieux : celles qui seraient susceptibles, sans réglementation, de voir *de facto* leur niveau d'indemnisation baisser « de façon anarchique »³¹⁷⁰. Partant, même s'il est impossible de spéculer sur le coût d'un événement nucléaire de fusion et même si la règle de responsabilité ici recherchée n'a pas vocation à s'appliquer qu'aux événements catastrophiques, ce critère de gravité du

³¹⁶⁸ Voy. C. GRARE, *La cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 328 ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 68-69 ; S. CARVAL, P. JOURDAIN, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p. 690 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, op. cit., p. 833 voyant là « une survivance anachronique d'une époque où les transports par air ou par mer avaient un caractère héroïque ».

³¹⁶⁹ Sauf à remettre en cause l'appartenance du régime de responsabilité civile nucléaire à l'institution.

³¹⁷⁰ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, op. cit., p. 249.

dommage doit être pris en considération. Parce que « faire de la réparation l'*alpha* et l'*oméga* de la responsabilité civile, y voir le seul critère à l'aune duquel juger la pertinence d'une règle de responsabilité est simpliste et erroné »³¹⁷¹, cette prise en considération est totalement justifiée. C'est donc en fonction de cet objectif que devront s'apprécier l'opportunité, les modalités mais également les limites d'une rationalisation de la réparation dans le cadre d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion nucléaire.

§ 2. La rigueur tempérée du principe de réparation intégrale

713. L'impossible et l'insuffisante limitation du *quantum* de la responsabilité. S'il doit être acquis que le caractère impérieux de la réparation de certains dommages justifie qu'il soit posé des bornes à l'obligation de réparer, cet objectif motive dans le même temps les modalités par lesquelles s'opèrera ce bornage. Que l'étude du régime de responsabilité ait fait montre des différents moyens de limiter la responsabilité, toutes ces limitations n'ont pas leur place au sein de la règle de responsabilité. En effet, bien que l'on ait pu souligner l'interdépendance de celles-ci, cette dernière s'explique, en réalité, par la place centrale occupée par la limitation du *quantum* de la responsabilité de l'exploitant nucléaire. Or cette modalité ne sera pas mobilisée au sein de la règle de responsabilité. Les explications sont limpides. Outre son effet sur la dimension préventive de la responsabilité, le caractère tant hétérogène qu'indéterminé des risques que serait conduite à réceptionner la règle de responsabilité empêche de fixer un plancher ou un plafond commun à la responsabilité des exploitants. De plus, si l'on admet que certains dommages ont un besoin impérieux de réparation, le régime de responsabilité civile nucléaire a montré que le bénéfice de cette limitation du *quantum* se perdait lorsque la somme ainsi déterminée doit être répartie parmi l'ensemble des dommages que couvre ledit régime. Nulle priorisation n'est en effet possible. C'est d'ailleurs à la lumière de cette problématique que doit s'appréhender notre étude.

714. « Trois leviers et demi » et une solution. Pour agir à contre-courant des ardeurs réparatrices de la responsabilité civile, la responsabilité civile présente trois leviers sur lesquels il est possible de jouer : le fait générateur, la causalité et le dommage. Chacune de ces conditions a, en effet, fait l'objet de torsions notionnelles si bien que chacune peut faire l'objet d'une politique de rationalisation³¹⁷². Mais la règle de responsabilité ici envisagée ne peut jouer sur ces trois leviers simultanément. En visant les activités présentant un risque que l'on a qualifié d'anormal, elle apporte déjà une restriction dans la compréhension du fait générateur. Quant à la question de la causalité, son appréhension est à double tranchant. D'un côté, les problèmes de causalité scientifique que supposent les dommages « anonymes » résultant de la réalisation de certains risques, à l'instar du risque nucléaire de fusion, suppose une certaine tolérance³¹⁷³. D'un autre côté, l'impératif de réparation de certaines victimes justifie que sa compréhension soit restreinte aux fins d'éviter qu'une appréciation distendue dudit

³¹⁷¹ J-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, p. 2.

³¹⁷² J-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables [...] », *op. cit.*, p. 148.

³¹⁷³ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

lien conduise à considérer la réparation de victimes médiates³¹⁷⁴. Cette possibilité peut être réduite dès lors que l'on accepte, comme pour le régime de responsabilité civile nucléaire, que l'étude de la causalité se fonde partiellement dans la définition du dommage. Cela nous amène, au troisième levier : le dommage. Certes, l'exposé en amont de la problématique ici traitée aurait pu suffire à justifier que les efforts destinés à encadrer la réparation dans le cadre de la règle de responsabilité se reportent sur la question du dommage. Il faut cependant apporter ici quelques précisions, lesquelles éclairent sur l'existence d'un quatrième levier ou d'un « troisième levier et demi ». En effet, envisager la question du dommage pourrait conduire à considérer la question de son évaluation. Telle n'est cependant pas notre démarche. Par-delà ces considérations dont l'exposé dépasse le cadre de cette thèse, c'est la compréhension du principe de réparation intégrale, comme supposant la réparation du dommage dans toutes ses composantes, qui occupera nos développements. Sans porter les vices-anti-dissuasifs d'un plafond de responsabilité, un encadrement de la définition du dommage permettrait en effet de recentrer la règle sur son objectif premier : la réparation des dommages les plus graves, ceux que la société du risque ne peut pas tolérer, ceux qui imposent que soit laissée la faveur aux victimes dont les besoins « indemnitaires » seront les plus prégnants et, surtout, ceux, dont on sait, dans le cadre du risque nucléaire, qu'ils sont susceptibles d'être les derniers à survenir.

715. Plan. Consistant à opérer une limitation *ratione materiae* de la responsabilité de l'exploitant, il s'agira ainsi d'étudier les outils qui pourraient servir la limitation de la responsabilité de l'exploitant (A.) avant d'envisager les obstacles s'opposant à sa réalisation (B.).

A. Les modalités d'une limitation *ratione materiae* de la réparation

716. Une rationalisation de l'obligation de réparation (indemnitare). Parce qu'*ubi lex non distinguit non debemus distinguere*, le droit français n'a établi aucune liste limitative des dommages et n'a jamais commandé, en dehors des régimes spéciaux, que soit opérée de distinction entre ces derniers³¹⁷⁵. Le droit de la responsabilité civile contemporain aborde donc la question du dommage avec « profusion et libéralisme »³¹⁷⁶. Son appréhension va aujourd'hui bien au-delà des lignes du Code quand les conditions de sa réparation s'assouplissent. Il n'est cependant nul besoin de revenir sur cette évolution³¹⁷⁷. La proposition que nous formulons ici s'inscrit par-delà ces considérations en proposant directement une rationalisation de la réparation là où la compréhension du principe de réparation

³¹⁷⁴ Nous faisons référence ici à l'exemple précédemment cité par lequel un individu décèderait d'une crise cardiaque en apprenant la survenance d'un accident nucléaire : voy. D. PHILIPPE, M. BEYENS, « A propos du lien causal en matière de responsabilité civile nucléaire » in AIDN, *Le droit nucléaire du XXe au XXIe siècle*, Paris, Ed. OCDE, 1998, p. 436.

³¹⁷⁵ Voy. le discours de TARRIBLE, *Discours du corps législatif du Code civil* cité par G. VINEY, note sous Cass. civ. 2, 27 mai 1999, *JCP G*, 2000, I, 197, n°6 : « l'article 1382 embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages et les assujettit à une réparation uniforme, qui a pour mesure, la valeur du préjudice souffert ». La Cour de cassation considère ainsi depuis bien longtemps que « l'article 1382, en ordonnant en termes absolus, la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, ne limite en rien, ni la nature du fait dommageable, ni la nature du dommage éprouvé » : voy. Cass. crim., 20 février 1863, S, 1838, 1, p. 331.

³¹⁷⁶ P. BRUN, « Les préjudices réparables en droit français positif et prospectif » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, op. cit., p. 587.

³¹⁷⁷ Voy. L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1998, pp. 37-64 ; P. JOURDAIN, « Le préjudice et la jurisprudence » in *La responsabilité civile au XXIème siècle*, op. cit., p. 45-50 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2004, 528 p. ; A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, op. cit., p. 5.

intégrale a catalysé la « générosité chaotique » du droit français « génératrice selon les cas de sur-indemnisation, ou, de manière faussement paradoxale, de sous-indemnisation »³¹⁷⁸.

717. Plan. Là où la compréhension du principe de réparation intégrale a catalysé l'idée selon laquelle doivent être réparés tous les *préjudices* nés d'un événement dommageable « sans égards aux *intérêts protégés* atteints »³¹⁷⁹, il s'agira de mobiliser ces notions de préjudice, de dommage et d'intérêts protégés pour encadrer l'obligation de réparation indemnitaire incombant à l'exploitant responsable (1.), et ce avant d'envisager les moyens par lesquels il serait permis d'assurer une réparation, à tout le moins morale, aux victimes résiduelles (2.).

1. Les outils substantiels de la limitation

718. L'utilité de la distinction du dommage et du préjudice. Au-delà de la présentation succincte opérée lors de l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire, nous nous sommes gardés jusqu'alors d'établir une quelconque distinction entre la notion de dommage et de préjudice. L'objectif poursuivi ici oblige à désormais exploiter cette dichotomie et à considérer, à l'encontre d'une partie de la doctrine³¹⁸⁰ et à la faveur de l'autre³¹⁸¹ et (relativement) du droit positif³¹⁸², que les deux notions ne peuvent être tenues pour synonymes et que leur différenciation révèle un intérêt pratique certain³¹⁸³. Il conviendra donc désormais d'admettre que le dommage relève du fait : il est l'événement objectivement constatable qui demeure au-delà du droit. Quant au préjudice, il est une notion subjective constituant la lésion d'un intérêt, marquant ainsi ce passage du fait (le dommage) au droit (la réparation)³¹⁸⁴ expliquant que ce que « la responsabilité civile doit réparer, ce n'est pas l'atteinte

³¹⁷⁸ P. BRUN, « Les préjudices réparables en droit français positif et prospectif », *op. cit.*, pp. 598-599.

³¹⁷⁹ P. JOURDAIN, « La constitutionnalisation du droit de la responsabilité civile : le cas français », *op. cit.*, p. 7.

³¹⁸⁰ Voy. notamment J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Paris, PUF, 2000, p. 359 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 1 ; S. CARVAL, P. JOURDAIN G. VINEY, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} ed., Paris, LGDJ, 2013, p. 3 ; P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, *op. cit.* p. 129 ; S. PORCHY-SIMON, « Dommage », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 414 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 11 et ss ; M. BACACHE-GIBELLI, *La responsabilité civile extracontractuelle*, 8^{ème} ed., Paris, Economica, 2016, p. 500 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 132.

³¹⁸¹ Voy. notamment F-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé », *JCP* 1957, I, 1351, § 10 et ss ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables [...] », *op. cit.*, p. 148 ; S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, thèse, Grenoble II, 1994, 340 p. ; L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, thèse, Poitiers, 1983 ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparations ? », *op. cit.*, pp. 62 et ss ; P. BRUN, « Personne et préjudice » in *La responsabilité, Sens et essence*, RGD, 2003, pp. 187-209 ; *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 122 ; J.-L. GRACIA, *L'atteinte à la propriété, Contribution à l'étude de la distinction entre le dommage et le préjudice*, thèse, Pau, 2007 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 21 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, pp. 556 et ss ; L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, *op. cit.* Voy. également en droit administratif R. CHAPELARD, *Le préjudice indemnisable dans la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique*, thèse, 1981, Grenoble, 682 p. ; C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2002, 528 p.

³¹⁸² La Cour de cassation fait parfois la distinction, notamment pour les besoins du droit international privé : voy. Cass. civ. 1, 28 octobre 2003, n° 00-18.794, *Bull. civ. I*, n° 219, p. 172 et sur l'intérêt de la distinction à cet endroit *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 1. Le Code civil fait également la distinction en matière de dommage corporel : voy. *Code civil*, art. 2226 et sur l'intérêt de la distinction à cet endroit *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 1. On notera enfin que la distinction est consacrée dans le projet de réforme : Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, *op. cit.*, art. 1235 : « [e]st réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial ».

³¹⁸³ Voy. plus généralement sur la réception et l'utilité de cette distinction A. BASCOULERGE, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit.*, sp. pp. 220 et ss ou encore F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? Point de vue d'un privatiste », *RCA*, n°3, 2010, doss. 3. En droit administratif voy. C. PAILLARD, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? Point de vue d'un publiciste », *RCA*, n°3, 2010, doss. 4.

³¹⁸⁴ Voy. pour une présentation claire de la distinction : F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? Point de vue d'un privatiste », *op. cit.*, § 2 : « Le dommage désigne l'atteinte au corps humain, à une chose, à un droit, à une activité ou à une situation. Le dommage constitue une notion première, factuelle et objective : première, en ce que le dommage renvoie à ce qu'on pourrait appeler l'atteinte primaire ; factuelle, en ce que la question de savoir s'il y a ou non dommage est de pur fait ; objective, en ce que le dommage désigne la dégradation objectivement perceptible du siège de l'atteinte, abstraction faite de la représentation personnelle que peut s'en faire la victime. La notion de préjudice correspond, quant à elle, aux conséquences, aux répercussions concrètes du dommage sur la victime. En d'autres termes,

même portée aux victimes, mais les effets qui en résultent pour celle-ci »³¹⁸⁵. Ainsi affirmée, il est donc certain que cette distinction présente de multiples avantages³¹⁸⁶. L'intérêt principal que nous lui trouvons est qu'elle permet de justifier une structuration et une limitation du droit à réparation. Que l'on considère, en effet, que le préjudice marque le passage du fait au droit emporte deux conséquences non négligeables. D'une part, cela signifie que le principe de réparation intégrale ne porte pas sur la réparation du dommage, mais sur celle (du) ou (des) préjudices. D'autre part, cela signifie que le préjudice peut ne pas coïncider avec les conséquences néfastes et concrètes du dommage subi. Il est dès lors deux choses pouvant n'en être qu'une. Il est, d'abord, le fait que s'il ne peut y avoir de préjudice sans dommage, l'existence d'un dommage ne préjuge en rien de la présence d'un préjudice³¹⁸⁷. Il est, ensuite, le fait que le préjudice comme notion juridique n'est plus « cette forteresse du fait que le droit devrait s'interdire d'atteindre »³¹⁸⁸. Sa définition peut donc faire l'objet de limitation. Au lieu de constituer tout « dommage imaginable »³¹⁸⁹, il peut consister en la lésion portée à un intérêt que l'on aurait jugé digne d'être protégé³¹⁹⁰, au souvenir du régime de responsabilité civile nucléaire³¹⁹¹. C'est donc cette dichotomie qui guidera ainsi nos prochains développements.

719. Plan. Suivant cette idée selon laquelle le préjudice constitue l'atteinte à un intérêt protégé, il s'agira de considérer les *préjudices* qui pourraient intrinsèquement faire l'objet d'une réparation dans le cadre de la règle de responsabilité applicable aux activités de fusion (a.). Par l'exploitation de la dichotomie entre le dommage et le préjudice, il s'agira de poser le principe selon lequel ces préjudices devront extrinsèquement résulter d'un *dommage* causé par la réalisation du risque caractérisant l'activité visée par la règle de responsabilité, telles les activités de fusion (b.).

a. Une détermination des préjudices réparables

720. Plan. Parce que le préjudice réparable constitue la lésion préjudiciable d'un intérêt protégé, la détermination des préjudices réparables (ii.) impose en premier lieu d'établir le principe de la limitation de ces intérêts protégés par la règle de responsabilité (i.).

le préjudice correspond à un tort, à un détriment, patrimonial ou extrapatrimonial, subi par la victime consécutivement au dommage. Cependant, tout détriment n'est pas un préjudice. Le préjudice est plus précisément un détriment que le droit accepte de réparer, c'est-à-dire un détriment certain subi par la victime personnellement, découlant directement du dommage, et dont l'objet n'est pas illicite ou immoral. Ainsi défini, le préjudice se présente comme une notion seconde, juridique et subjective : seconde, en ce que le préjudice est un effet du dommage, celui-ci étant la cause de celui-là ; juridique, en ce que le préjudice est non pas une donnée matérielle mais une construction juridique, puisqu'il s'entend des suites du dommage juridiquement réparables ; subjective, en ce que le préjudice s'apprécie par rapport à une personne déterminée ».

³¹⁸⁵ N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Droit civil français, Responsabilité délictuelle*, op. cit., p. 19.

³¹⁸⁶ Sur l'intérêt de la distinction pour le droit international privé et la prescription voy. note *supra* note 3182. Concernant l'utilité typologique, voy. A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, op. cit., p. 223 ; F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue d'un privatiste », op. cit., § 23 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, pp. 21 et ss ou encore C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français : étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, op. cit., p. 74.

³¹⁸⁷ En cas d'effondrement d'un bâtiment avec identification d'un tiers responsable, le propriétaire subit un dommage matériel dont aucun préjudice ne peut découler s'il avait préalablement intention de le faire (il pourrait même en retirer une économie) : voy. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 557 ; Y. QUISTREBERT, « Le dommage : caractère du dommage réparable », *JCL Code civil*, Fasc. 101, 2021, § 11 et dans ce sens avec d'autres exemples A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, op. cit., pp. 231 et ss.

³¹⁸⁸ P. BRUN, « Personnes et préjudice », op. cit., p. 199 et rapprochez

³¹⁸⁹ G. VINEY, note sous Cass. civ. 2, 27 mai 1999, *JCP G*, 2000, I, 197, n°6.

³¹⁹⁰ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 122 ; G. VINEY, « Synthèse » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, op. cit., p. 332 et « note sous Cass. civ. 2, 27 mai 1999 », op. cit., n°6 soulignant que « nier cette gradation des attentes sociales n'est ni juste ni réaliste ».

³¹⁹¹ On pourra sous cet angle justifier les réserves que nous avons apportées à l'idée défendue par certains selon laquelle le principe de réparation intégrale imposerait également la réparation de l'intégralité des différents chefs de préjudices subis par la victime.

- i. Une limitation des intérêts protégés par la règle de responsabilité.

721. L'utilité d'une hiérarchisation des intérêts protégés. Disons-le tout de go, il n'est pas question ici d'opérer une étude approfondie de la notion d'intérêt protégé ou d'examiner la révélation progressive d'une quelconque hiérarchie en droit français sur ce point³¹⁹². Une telle hiérarchisation révèle assurément des potentialités multiples dans sa propension à fonder la responsabilité³¹⁹³ ou à constituer un outil permettant d'apprécier la mesure des « intérêts contrariés » en présence³¹⁹⁴. Ce propos n'est cependant pas le lieu pour y accorder plus de développements. Pour cela, il s'agit simplement d'envisager que le préjudice vise la « lésion d'un intérêt » et qu'il est des intérêts qui, plus que d'autres, méritent d'être protégés³¹⁹⁵. Il s'agit ensuite de constater que le droit confère ce pouvoir de sélectionner, parmi les intérêts susceptibles d'être lésés, ceux qui méritent d'être prioritairement protégés parce que le préjudice est un concept construit et que « c'est au système juridique de déterminer de décider si un effet donné est un bien ou un mal »³¹⁹⁶. Il s'agit enfin de ne pas oublier que l'étiologie de certains dommages ne permet toutefois pas de rendre, dans le passage du droit au fait, cette hiérarchisation applicable. Tel est le cas des dommages différés causés par la radioactivité dont la manifestation, sinon même la survenance³¹⁹⁷, est tardive et qu'on ne saurait donc réparer en priorité. Par conséquent, il s'agira d'accepter que la protection particulière qui doit être accordée à certains intérêts peut justifier qu'il n'en soit accordé aucune à d'autres. Parce que le passage d'une hiérarchisation des intérêts protégés vers une hiérarchie des préjudices est ainsi rendue difficile et qu'il importe de protéger ces victimes tardives qu'induit la réalisation de certains risques, à l'instar du risque nucléaire, il s'agit donc d'envisager que la règle de responsabilité envisagée ne puisse viser qu'à réparer financièrement les lésions portées à ces intérêts supérieurs³¹⁹⁸. En d'autres termes, la règle de responsabilité pourrait protéger certains intérêts dont le caractère préjudiciable ouvrirait un droit à compensation financière sur son fondement. Réciproquement, elle rejetterait d'autres intérêts dont le caractère préjudiciable de l'atteinte ne permettrait pas un droit à compensation.

722. L'utilité éprouvée de la hiérarchisation des intérêts protégés. Non sans rappeler la théorie de la relativité aquilienne déjà évoquée *supra* et qui suppose que l'action en réparation ne puisse être

³¹⁹² Voy. sur ce point M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2019, 588 ; J-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables [...] », *op. cit.* ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil : à la découverte des intérêts protégés », *op. cit.*, pp. 251-274 ; H. SLIM, « Les intérêts protégés par la responsabilité civile en droit français » in GREERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté au projet européen d'harmonisation*, *op. cit.*, pp. 113-133 ; P. BRUN, « Les préjudices réparables en droit français positif et prospectif », *op. cit.*, sp. pp. 604-606.

³¹⁹³ Il en va ainsi de Boris STARCK qui a été l'un des premiers à défendre cette hiérarchie et considérer l'impératif de réparation de certains intérêts justifiant ainsi une responsabilité sans faute fondée sur la garantie : voy. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.* Cette orientation s'est d'ailleurs trouvée renforcée en France par une partie de la doctrine qui emprunte à la méthode pour élargir le domaine de la responsabilité sans faute et fonder le droit à la réparation directement sur la reconnaissance de certains droits fondamentaux : voy. ainsi C. RADÉ, « Réflexion sur le fondement de la responsabilité. L'impasse », *D.* 1999, pp. 313-319 ; « Réflexion sur le fondement de la responsabilité. Les voies de la réforme : la promotion d'un droit à la sureté », *D.* 1999, pp. 313-328 ou encore O. LUCAS, « La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP.G.* 2002, doctr. 111. Il résultera de la suite de notre étude que nous n'adhérerons néanmoins pas à ces idées.

³¹⁹⁴ Voy. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil : à la découverte des intérêts protégés », *op. cit.*, p. 265.

³¹⁹⁵ C'est-à-dire au-delà de la question de leur légitimité ou de leur licéité.

³¹⁹⁶ T. WEIR, « La notion de dommage en responsabilité civile » in *Common law, d'un siècle à l'autre*, *op. cit.*, p. 35 et J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 13^{ème} ed., Paris, LGDJ, 2019, pp. 569-570.

³¹⁹⁷ Sur cette délicate distinction voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1, B et *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 1.

³¹⁹⁸ *Contra* C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du Code civil : à la découverte des intérêts protégés », *op. cit.*, pp. 254 et ss. Comme évoqué à la note ci-dessus, ce n'est pas l'idée que nous défendons ici

accordée qu'aux personnes protégées par la règle juridique et pour les préjudices contre lesquels la norme offre sa protection³¹⁹⁹, cette proposition n'a rien d'inédit. Bien que le droit français puisse s'y montrer hostile³²⁰⁰, elle a pourtant été éprouvée par des droits étrangers³²⁰¹ et transparait, selon nous, dans certains régimes spéciaux à l'instar du régime de responsabilité civile nucléaire³²⁰². Elle a d'ailleurs été entraperçue au sein des propositions doctrinales qui ont consisté, sinon à définir strictement le domaine des responsabilités, du moins à cantonner l'étendue de l'indemnisation accordée à partir de la nature du dommage subi³²⁰³ ou de la mesure des « intérêts contrariés » personnels ou sociétaux en présence³²⁰⁴. Davantage, elle ne paraît avoir rien de profondément contestable. La généralité de l'article 1240 traduit l'idée selon laquelle tout intérêt (licite) est susceptible d'être protégé de manière « équivalente »³²⁰⁵, mais cet article n'a jamais imposé cette équivalence en dehors de son fondement³²⁰⁶. Enfin, cette proposition n'est pas attentatoire de l'équilibre intrinsèque de la règle de responsabilité et de sa *ratio legis* consistant à protéger les individus contre les atteintes que le progrès technologique pourrait leur porter quand elles sont potentiellement susceptibles d'en profiter. Davantage, elle matérialise l'idée que seules certaines atteintes doivent constituer des préjudices réparables au sens de la règle de responsabilité, permettant ainsi de rendre superfétatoire toute appréciation *in concreto* des intérêts contrariés ou contrariants. Il nous faut cependant rester prudents : « chaque fois, le plus gros de l'œuvre semble alors accompli : la découverte. C'est la partie la plus exaltante. Mais l'expérience enseigne que le plus dur reste à faire

³¹⁹⁹ Ce qui n'est *in fine* « que la traduction, à propos de certains intérêts, de la mise en œuvre de la notion d'intérêts protégés » : H. SLIM, « Les intérêts protégés par la responsabilité civile en droit français », *op. cit.*, p. 126.

³²⁰⁰ Le droit français est particulièrement hostile à cette théorie qui n'a trouvé que quelques anciennes applications par la Cour de cassation : voy. Cass. civ. 17 mars 1958 ; *JCP G.* 1959, II ; Cass. civ. 3, 2 juillet 1974 ; *D.* 1975, p. 61 ; Cass. crim., 19 novembre 1959 ; *JCP G.* 1960, II, 11448. Pourtant, la définition de la faute de Planiol montrait une application de cette théorie dans son application au fait générateur : voy. M. PLANIOL, note sous Cass. civ., 17 août 1895, *D.*, 1986, I p. 81 : « pour savoir si une faute engendre la responsabilité d'un événement dommageable, il faut donc rechercher si cet événement était du nombre de ceux que la loi voulait empêcher en ordonnant ou en défendant quelque chose [...] Il conviendrait donc de s'arrêter à une règle [...] [qui] pourrait être formulée à peu près en ces termes : pour que la contravention à une loi puisse être considérée comme cause d'un accident, il faut que l'ordre ou la défense de la loi ait pour but de protéger les personnes contre le danger qui s'est réalisé ».

³²⁰¹ Voy. voy. M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – analyse comparée des systèmes germaniques, canadien et québécois », *Revue de droit de McGill*, vol. 59, 2012-3, pp. 427-471 ; D.-M. PHILIPPE, « La théorie de la relativité aquilienne » in *Mélanges Roger O. Dalq. Responsabilité et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 467-486 ; R. LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 2^e éd., Paris, Litec, 2008, p. 326 et J. LIMPENS, *La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé*, Paris, Dalloz, 1965, 24 p.

³²⁰² Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

³²⁰³ Voy. not. Boris STARCK qui proposait de limiter les cas de responsabilité sans faute à certains dommages. On retrouve cette proposition chez J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables [...] », *op. cit.* pp. 145-172. Plus encore, elle nous semble même transparaitre chez tous ceux qui prônent depuis des années pour un droit d'indemnisation du dommage corporel. Pour rester dans le cadre de la responsabilité, on notera que cette modulation de la protection apportée en fonction de l'intérêt en cause était évoquée dans le rapport présenté devant le Sénat, *Rapport par Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE*, *op. cit.*, p. 29. Enfin si le projet Catala, comme le Projet de réforme actuel semblent admettre par le biais de certaines dispositions la faveur faite au dommage corporel, on retrouvait surtout cette proposition au sein du Projet Terré et du Principes de droit européen sur la responsabilité civile : voy. PETL, art. 2 : 102.1) ; P. REMY, « Réflexion préliminaires sur le chapitre Des délits » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 15-59 ; P. REMY-CORLAY, « De la réparation » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 191-218 ; B. WINIGER, « Les intérêts protégés par la responsabilité civile, Les clauses générales dans les projets européens » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets d'harmonisation des droits européens*, *op. cit.*, pp. 135-148 ; O. BERG, « Le dommage réparable dans les projets européens » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets d'harmonisation des droits européens*, *op. cit.*, pp. 609-636 et O. MORETEAU (dir.), *Principes du droit européen de la responsabilité civile, Textes et commentaires*, Société de législation comparée, 2011, 266 p.

³²⁰⁴ Cela ressort explicitement du PETL, qui selon la nature du dommage appelle, à prendre la mesure des intérêts de la société et ceux de l'auteur en présence : voy. PETL, art. 2 :102.6) ; O. BERG, « Le dommage réparable dans les projets européens », *op. cit.*, pp. 623 et ss.

³²⁰⁵ Sur le « principe d'équivalence » entre les intérêts atteints voy. P. BRUN, « Les préjudices réparables en droit français positif et prospectif », *op. cit.*, pp. 604-606.

³²⁰⁶ Voy. J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables [...] », *op. cit.*, p. 170 et rapprocher avec le discours de TARRIBLÉ cité *supra* note 3175 et avec les mots de P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 417.

qui consiste à déterminer le contenu du principe à travers ses applications »³²⁰⁷. L'exercice devient alors ici périlleux.

ii. Une détermination délicate des préjudices réparables

723. La proposition d'un modèle de hiérarchisation des intérêts protégés. Pour déjà comprendre les difficultés intrinsèques de cette proposition, et avant même d'envisager les limites extrinsèques qui lient sa mise en œuvre, il faut se faire une idée des intérêts dont l'atteinte préjudiciable pourrait faire l'objet d'une réparation prioritaire et, *de facto*, exclusive. Suivant la typologie établie par Jean-Sébastien BORGHETTI³²⁰⁸, c'est sans surprise que la vie, l'intégrité corporelle ou mentale doivent constituer les intérêts bénéficiant de la protection la plus étendue. La nécessité de réparer ces atteintes pour la victime directe d'un dommage ne souffre *a priori* aucune discussion tant en droit français que dans les droits étrangers³²⁰⁹. Dans le canevas du régime de responsabilité civile nucléaire, le deuxième intérêt protégé serait l'intégrité matérielle des biens corporels. Comme le dommage corporel, l'importance d'assurer la réparation de la perte de ses biens est effectivement largement admise³²¹⁰. Enfin, et bénéficiant d'une moindre protection, interviendrait les atteintes à des intérêts incorporels, qu'il s'agisse des préjudices moraux purs ou des préjudices économiques purs. Ces derniers intérêts qui ont tous en commun de résulter d'une atteinte à un intérêt incorporel pourraient ainsi être exclus, sans qu'il soit

« choquant que le droit de la responsabilité donne la priorité, si priorité il doit y avoir, à la réparation des désordres qui surviennent dans l'univers physique. Car s'ils ne sont pas les plus graves, leur matérialité donne une objectivité et une densité que le droit ne peut pas prendre en compte, ce qui n'est pas le cas aux atteintes aux intérêts incorporels »³²¹¹.

Pour cause, le dommage moral pur, c'est-à-dire sans lien avec un dommage corporel, a toujours constitué l'objet de réflexion de la part de la doctrine. Les raisons sont légion. D'abord, en dépit d'une pratique aussi constante qu'officieuse d'un recours aux barèmes, il peut exister de considérables différences d'appréciation entre les tribunaux qui, sans que l'on en perçoive les ressorts, crée des inégalités entre les victimes. Ce constat n'est d'ailleurs que la conséquence d'un constat plus général participant à expliquer l'accueil réservé qu'ont pu faire certains droits étrangers à la réparation du préjudice moral³²¹² : celui d'une « inaptitude à la réparation » en raison de l'absence « d'une

³²⁰⁷ M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD Civ*, 1992, p. 518.

³²⁰⁸ Voy. J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables [...] », *op. cit.* Cette dichotomie rejoint celle établie par les PETL, art. 102 : 2.

³²⁰⁹ Il n'est nullement besoin d'argumenter sur la place que le droit français ou les droits étrangers accorde à cet intérêt. Il est déduit des différents aspects de notre étude et des références à la note *supra*. Cet intérêt est ainsi le premier des intérêts protégés des PETL et il était la seule constante du Projet Terré. Dans les théories de Boris STARCK ou encore Christophe RADÉ (*supra* note 3193), le dommage corporel est également le premier justifiant l'acceptation de leur théorie. Sa prééminence ressort encore d'ailleurs de la *Résolution (75)7 du Conseil de l'Europe de 1975 relative à la réparation des dommages en cas de lésion corporelles et de décès*, laquelle y impose le principe de réparation intégrale, mais également de la promotion constante d'un droit des dommages corporels hors responsabilité. Pour une étude plus générale de la prééminence du dommage corporel en droit français et dans les droits étrangers voy. sp. A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit.*, pp. 314 et ss ; M. DENIMAL, *La réparation intégrale du préjudice corporel : réalités et perspective*, *op. cit.*, pp. 337 et ss.

³²¹⁰ Dans la théorie de STARCK, ils étaient d'ailleurs la seule autre catégorie de dommage justifiant une responsabilité sans faute.

³²¹¹ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables [...] », *op. cit.*, p. 165.

³²¹² P. PIERRE, F. LEDUC (dirs), *La réparation intégrale en Europe*, *op. cit.*, sp. p. 38

équivalence qualitative primaire »³²¹³ entre l'avantage que peut allouer la réparation et la perte que représentent ces préjudices moraux. Situés « dans des ordres de valeurs qui n'ont rien de commun », ces préjudices « videraient de son sens » la réparation³²¹⁴ et feraient « boiter »³²¹⁵ le principe de la réparation intégrale réduite à sa valeur « d'utopie constructive »³²¹⁶. Pour cela, Boris STARCK considérerait que ces préjudices ne pouvaient être réparés par la responsabilité *même sans faute*³²¹⁷, une idée reprise par ceux pour qui cette réparation devrait relever de la peine privée³²¹⁸. Ce constat est enfin le résultat d'une prolifération de ces préjudices qui, sous une « une inflation nominaliste », conduit au fait que donner « un nom à sa douleur » en justifie la réparation ; cela quand bien même cette douleur ne résulterait d'aucune atteinte corporelle³²¹⁹. Somme toute, la solution consisterait donc à exclure tant les préjudices économiques purs que les préjudices moraux purs du champ de la règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable au risque nucléaire de fusion. Toutefois, cette solution comporte des limites concernant les préjudices moraux purs, spécifiquement ceux subis par les victimes par ricochet. Ces préjudices gênant la proposition, ils sont la raison pour laquelle des tempéraments ont été apportés par certains³²²⁰ et ils sont le lieu où se trouvent avancées les principales critiques à l'encontre des formules généralisantes du droit français³²²¹.

724. Les limites du modèle de hiérarchisation des intérêts protégés proposés. La position à l'endroit du dommage moral pur, fut-il irréparable, doit en effet être relativisée. Quoique l'on puisse admettre l'impossible mercantilisme des sentiments, il est possible d'affirmer que la compensation peut également résulter de la satisfaction de la victime d'atteindre l'auteur du dommage dans son patrimoine. Il s'agit là de considérer l'aspect pédagogique de la réparation³²²² et le fait que, *même sans faute*, la responsabilité de l'exploitant peut appeler un fondement subjectif, et donc une appréciation subjective de ses conséquences. Ensuite, il faut admettre que la frontière entre le dommage moral pur et les dommages matériels et corporels est en réalité complexe à appréhender. Dans sa théorie exclusive des dommages moraux en cas de responsabilité sans faute, si Boris STARCK envisage une exception à l'endroit de la réparation accordée aux proches de celui qui a trouvé la mort dans l'accident

³²¹³ E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 283

³²¹⁴ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Les obligations, le fait juridique*, op. cit., p. 172.

³²¹⁵ R. SAVATIER, « Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité » in *Mélange de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel Laborde-Lacoste*, Bordeaux, Bière, 1963, p. 326.

³²¹⁶ J.-P. DINTILHAC, « La réparation du dommage corporel : le juste prix », *Gaz. Pal.* 13 février 2007, p. 42-44. Dans le même sens M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., p. 89 évoquant « une fiction derrière laquelle s'abrite le pouvoir souverain des juges du fond, à la source d'un *alea* judiciaire inéluctable » et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 624-626 évoquant, face à l'impossibilité de « battre monnaie avec les larmes ». Sur cette question C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, op. cit., pp. 207 et ss ; A. GODEFROY, *Les préjudices psychologiques en droit de la responsabilité civile*, Thèse, Aix-Marseille Université, 2016, 465 p. ; A. TOULEMON, J. MOORE, *Le préjudice corporel et moral en droit commun : étude pratique et théorique*, Paris, Sirey, 1968, 257 p.

³²¹⁷ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., sp. p. 408 montrant néanmoins une position réservée sur l'application de la peine privée pour certains dommages moraux.

³²¹⁸ Voy. L. HUGUNY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904 ; 345 p. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 345 ; P. ESMEIN, « La commercialisation du dommage moral », *D.*, 1954, p. 400 ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Les obligations, le fait juridique*, op. cit., p. 172 ; C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, op. cit., pp. 185-189 ; 334-342. Semblant montré un regard plus nuancé, mais envisageant l'hypothèse : S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., pp. 288 et ss. et rapprochez M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », p. 2382 appelant à la reconnaissance dommages et intérêts punitifs pour éviter à la victime d'avoir à « monnayer ses larmes »

³²¹⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », op. cit., p. 2382.

³²²⁰ Pour exemple J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendu des préjudices réparables [...] », op. cit., p. 109 ne semblent pas remettre en cause la réparation du préjudice moral subi par les parents proches.

³²²¹ Voy. M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile », op. cit., p. 439

³²²² Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

causé par autrui sans qu'il en ait résulté un dommage économique³²²³, *quid* de la victime par ricochet qui subit un préjudice économique en raison de sa souffrance ? Dans ce contexte, à moins que l'on argue d'une atteinte à l'intégrité psychique – et la frontière est fine³²²⁴ – ne s'agirait-il pas d'un préjudice économique résultant d'un dommage moral « pur » « apte » à la réparation³²²⁵ ? Enfin, et surtout, le fait que l'argent puisse montrer une inaptitude à assurer la réparation peut également valoir pour certains préjudices patrimoniaux. Dès lors, il y a « quelques paradoxes à stigmatiser ainsi la commercialisation des sentiments », là où justement on pourrait voir « le signe d'une valorisation (sans jeu de mots) des intérêts extrapatrimoniaux de l'individu, et en définitive, *une revanche de l'être sur l'avoir...* »³²²⁶. C'est justement là que pêche cette hiérarchisation. En visant à exclure d'un bloc tous les dommages moraux purs, elle pousse tant à les assimiler qu'à établir une différenciation qui ne se justifie pas. Si l'on se place du dangereux point de vue de la légitimité, il paraît tout de même y avoir quelques barreaux de différence sur l'échelle de l'éthique entre la situation de l'individu qui se trouve « contraint » de grandir avec deux frères handicapés à la suite, par exemple, d'une exposition *in utero* accidentelle au risque radioactif³²²⁷, et la souffrance endurée par la perte d'un enfant. Plus encore, si l'on imagine (spéculativement) la survenance d'un évènement nucléaire de fusion fortement dommageable, peut-on véritablement comparer la déception que matérialise l'annulation de vacances en raison d'un confinement imposé par les autorités à la douleur engendrée par la perte d'un être cher³²²⁸. S'il est effectivement des inconvénients de l'existence qui impose de vivre avec un « *quantum* de souffrance morale »³²²⁹, le « vivre avec les autres » n'autorise pas toujours à « admettre que, dans certains cas, les hasards tragiques de la vie peuvent nous les enlever de manière malheureuse et fortuite », et que, si la « technologie est porteuse d'espoir, mais parfois vectrice de risques », ces risques sont le « lot commun de toute société moderne ou la technologie, mise au service des individus, peut s'avérer dangereuse »³²³⁰. Enfin, exclure les dommages moraux purs au bénéfice des préjudices résultant d'un dommage corporel et matériel aboutit à une hiérarchisation douteuse. Ce n'est pas seulement dire que la souffrance éprouvée par la perte d'un enfant constituerait un intérêt méritant plus de protection que la perte d'une voiture. L'on se verrait opposer l'argument résidant dans l'appréhension facilitée de la perte physique précédemment évoquée. Il n'est pas question également de réitérer l'argument de la fine barrière qui peut exister entre le dommage moral subi par un proche d'une victime et l'atteinte à l'intégrité psychique que pourrait susciter cette perte. Il s'agit

³²²³ Voy. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 408 constituant la seule exception dans laquelle l'auteur faisait entrer la catégorie de sa responsabilité fondée sur la peine privée (faute) dans sa théorie de la garantie (responsabilité sans faute). Ainsi l'auteur considérait que « le préjudice matériel étant absent par hypothèse, l'exclusion de la réparation du préjudice moral conduirait à l'absence de sanction civile de la plus grave atteinte portée aux droits d'autrui ».

³²²⁴ Cette distinction n'est pas aisée à établir bien qu'il y ait eu distinction opérée par le juge : voy. Cass. crim. 16 novembre 2010, n°09-87.211 à propos de deux enfants ayant développé un trouble psychique suite au décès de leur mère et sur cette distinction P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit des contrats et de la responsabilité [...]*, op. cit., p. 629.

³²²⁵ Voy. prenant en considération cette hypothèse E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit. p. 283, note 3.

³²²⁶ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 149 ; « Personnes et préjudice », op. cit., pp. 208-209. Nous soulignons.

³²²⁷ Voy. pour cet exemple inspiré de la reconnaissance du préjudice moral au seul enfant né sain d'une fécondation *in vitro* à raison du handicap subi par ses frères (ne pouvant eux-mêmes invoquer le préjudice du fait de la naissance) : CAA Bordeaux, 4 décembre 2018, n°16BXI2831.

³²²⁸ Pour la reconnaissance du préjudice moral par la perte de l'agrément de vacances : voy. CJCE, 12 mars 2002, n° C-168/00, Rec. CJUE, p. 2631 et dans la même idée Cass. civ. 1, 25 janvier 1989, n°87-13.640, *Bull. civ. I*, n°43. Voy. plus généralement M. FABRE-MAGNAN, « Le préjudice existentiel », op. cit.

³²²⁹ L. CADIEU, *Le préjudice d'agrément*, op. cit., p. 60

³²³⁰ A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, op. cit., p. 420 montrant néanmoins une approche réservée.

autrement de comprendre la raison pour laquelle il serait préféré la réparation des préjudices extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel aux dommages moraux purs³²³¹. Cette différenciation ne tient effectivement pas quand ces préjudices extrapatrimoniaux ne sont finalement que la représentation du « mal-être » de la victime, autrement dit des préjudices moraux³²³². Alors, certes, cette satisfaction qu'apporte la réparation, c'est d'abord

« la reconnaissance de sa dignité d'être humain, non pas déchu par les séquelles invalidantes de l'accident, mais respecté dans l'exigence de son intégrité physique à laquelle on confère une valeur, c'est la reconnaissance de sa souffrance, c'est la reconnaissance de sa personne, corps et âme, dans son identité propre et son individualité irréductible à tout autre »³²³³.

Et assurément, on pourra objecter qu'il est quelquefois où le préjudice et la satisfaction se situent dans la même échelle de valeurs : « privé d'une satisfaction esthétique, on peut grâce à l'argent, en retrouver une autre » alors que la souffrance n'est pas évaluable³²³⁴. Mais, si les dommages et intérêts qui sont alloués à la victime pour ces préjudices sont, « comme ces autres biens, [...] un moyen se procurer des satisfactions d'ordre intellectuel et moral qui sont une compensation des souffrances qu'elle a endurée »³²³⁵, ne doit-il pas en être de même pour les victimes par ricochet ? Peut-être, « l'affection, pas plus que l'amour dont il est le pudique prête-nom » ne saurait être réparée en argent sans devenir vénale ou vulgaire. Toutefois, ce que l'on répare, c'est « le trouble dans les conditions d'existence » de celui qui « partageait l'intimité de la victime et se trouve désemparé par l'absence là où il y avait de la présence »³²³⁶. Ce dernier reste encore le seul à pouvoir juger de l'injure portée à sa morale³²³⁷. Enfin, et surtout, on ne peut nier que cette différenciation fait montre d'une échelle de valeurs critiquable, quand il est largement admis que les préjudices extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel ont constitué le terrain d'élection d'une réparation hasardeuse et du dévoilement de ces préjudices « existentiels » à l'égard duquel les auteurs appellent une solution comparable à celle du juge italien³²³⁸. Susceptibles de gêner la réparation des préjudices les plus impérieux, ces préjudices d'agrément, qui caractérisent une privation des « petits plaisirs usuels de la vie »³²³⁹, devraient constituer ce *quantum* de souffrance moral que le vivre en société impose. À l'audace, cette différenciation pourrait même questionner sur l'opportunité de réparer la souffrance d'une victime

³²³¹ Pour J-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables [...] », *op. cit.*, p. 163, il était évident que devait être réparé le dommage corporel dans son aspect extrapatrimonial. Sur la distinction entre ces chefs de préjudices qui constituent les dommages extrapatrimoniaux résultant de l'atteinte corporelle subie par la victime et les dommages moraux purs subis par ces proches : voy. entre autres M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, La responsabilité et les quasi-contrats*, *op. cit.*, pp. 169 et ss ; P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, pp. 624 et ss

³²³² Voy. J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », *D.*, 2015, p. 443-449 ; P. LE TOURNEAU, *Droit des contrats et de la responsabilité [...]*, *op. cit.*, p. 633 considérant les inégalités résultant de l'évaluation de ces préjudices permettant de gonfler le dommage corporel, et résultant de l'obligation de ventiler les postes de préjudice et donc de « saucissonner » le dommage corporel : voy. *supra* note 2240.

³²³³ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 39, 1998, p. 540.

³²³⁴ J-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Les obligations, le fait juridique*, *op. cit.*, p. 172

³²³⁵ M. KAYSER, « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain » in *Etudes offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, PUAM, 1970, p. 422.

³²³⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques », *op. cit.*, p. 559.

³²³⁷ Voy. P. BRUN, *La responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 149 : « quant à la vulgarité de la joie de toucher une somme d'argent, pour la victime mise en balance à la hauteur de sa souffrance...On est tenté d'avancer que pareille considération n'est plus guère de mise dans la société du XXIème siècle, et que si tant est qu'on rende méprisable celui à qui on octroie une prosaïque compensation, la réparation du préjudice moral n'injurie que celles des victimes qui la réclament ».

³²³⁸ Voy. *supra* note 3134 sur la position du juge italien d'ignorer les dommages insignifiants et J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », *op. cit.* ; M. FABRE-MAGNAN, « Le préjudice existentiel », *op. cit.*

³²³⁹ Cass. civ. 2, 5 octobre 2006, n°05-201.39, *RTD civ.* 2007, p. 127, obs. P. JOURDAIN.

en état végétatif dont « le pactole est ainsi offert à la famille »³²⁴⁰ mais pas la douleur occasionnée par la perte d'un proche³²⁴¹.

725. Une solution de compromis. Dès lors, il est de deux choses l'une. Soit l'on accepte que les préjudices extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel et les dommages moraux purs, même les plus graves, ne peuvent faire l'objet d'une réparation par application de la règle de responsabilité du fait des activités à risque. La réparation serait alors limitée aux préjudices patrimoniaux résultant de dommages corporels et matériels. Poussant à son paroxysme l'une de solutions formulées par Jean-Sébastien BORGHETTI³²⁴², cette proposition est celle de Clothilde GRARE³²⁴³. Soit, l'on adhère à la seconde proposition formulée par le premier auteur, laquelle rejoint celle de Philippe BRUN³²⁴⁴, et l'on en revient à considérer l'équilibre intrinsèque de la règle de responsabilité et sa *ratio legis* qui est celle de protéger les intérêts les plus impérieux des victimes potentielles du risque technologique à l'instar du risque nucléaire de fusion. Dans cette hypothèse, il s'agirait alors moins d'établir préalablement une liste limitative des intérêts protégés, que de déterminer ceux dont la réparation est étrangère à la *ratio legis* de la règle de responsabilité³²⁴⁵. Pour les préjudices moraux purs, une rationalisation pourrait ainsi être opérée suivant la qualité de la victime³²⁴⁶ ou la gravité de l'atteinte³²⁴⁷. Plus encore, on pourrait même repenser les modalités de la réparation en lui conférant, pour certain préjudice, une dimension plus symbolique afin qu'elle puisse constituer une réelle compensation à la souffrance, et ce sans rencontrer les difficultés de son évaluation. Par une frontière poreuse avec la réparation en

³²⁴⁰ L. MELENNEC, *L'indemnisation du handicap*, op. cit., p. 197.

³²⁴¹ Sur la délicate question de la réparation du préjudice de souffrance d'une personne en état végétatif, il convient de rappeler que la Cour de cassation, saisie de ce débat, devait avoir considéré la possibilité de réparer le dommage extrapatrimonial d'une personne inconsciente (voy. notamment Cass. crim. 5 janvier 1994, n°93-83.050, *Bull. crim.*, n°5 ; Cass. civ. 2^{ème}, 22 février 1995, n°93-12.644, *Bull. civ. II*, n°61) avant de revenir dessus lorsqu'elle a refusé de réparer le préjudice moral lié au sentiment du perte d'espérance de vie souffert par des victimes pendant qu'elles étaient dans le coma et jusqu'à leur décès ou celui subi par un individu ignorant sa contamination (voy. Crim. 5 octobre 2010, n°09-87.385, 10-81.743 ; Cass. civ. 2, 22 novembre 2012, n°11-21-031). En 2019, elle autorisait néanmoins la réparation du *pretium doloris* d'une victime en état d'inconscience : Cass. crim., 25 juin 2019, n°18.82.655, Inédit. Voy. H. GALI, *Le préjudice moral. Étude de droit de la responsabilité civile*, op. cit., sp. pp. 441 et ss et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 626-628.

³²⁴² J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés [...] », op. cit., p. 108, l'auteur propose que certains préjudices ne soient jamais réparables, mais conserve la réparation des préjudices extrapatrimoniaux résultant de dommage corporel et le préjudice par ricochet des proches.

³²⁴³ C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., pp. 334-342.

³²⁴⁴ Voy. P. BRUN, « Personnes et préjudices », op. cit.

³²⁴⁵ Tel pourrait être le cas des préjudices économiques purs. Tel pourrait également être le cas des atteintes au droit de la personnalité, quoiqu'il faille encore noter le contexte d'accident collectif constitue ici souvent le terrain de ces violations : voy. C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 41 et ss visant le cas les préjudices des victimes fondées sur un « droit à la pudeur médiatique ». Concernant le préjudice écologique pur, notre position est plus réservée tant son appréhension est délicate. Préjudice par nature collectif (« le préjudice de tous et de personne »), il est à la fois de ceux qui présentent un besoin impérieux de réparation, et dans le même temps de ceux à l'égard desquels la compensation pourrait éventuellement trouver un terrain d'élection dans la « solidarité nationale » si elle devait amputer la réparation de préjudices individuels les plus impérieux.

³²⁴⁶ Voy. pour exemple F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., art. 63 et art. 64 : « le conjoint, le père et mère de la victime ainsi que ses enfants peuvent demander l'indemnisation de leur préjudice d'affection, ainsi que les autres proches habitant avec elle au moment du dommage [...] hors les cas prévues à l'article précédent, la réparation du préjudice réfléchi est exclu. Toutefois la réparation du préjudice d'affection pourra être accordé en cas de gravité exceptionnelle, par une décision spécialement motivée ». Voy. également Conseil de l'Europe, *Réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès*, Résolution 75(7), op. cit., § 19 : « [L]es systèmes juridiques qui, actuellement, n'accordent pas un droit à réparation pour souffrances psychiques subies par un tiers à la suite du décès de la victime ne devraient pas accorder une telle réparation à des personnes autres que les père et mère, le conjoint, le fiancé et les enfants de la victime ; même dans ces cas, la réparation devrait être soumise à la condition que ces personnes aient eu des liens d'affection étroits avec la victime au moment du décès ».

³²⁴⁷ Voy. pour exemple PETL, art. 10 :301 : « [u]n préjudice extrapatrimonial peut également ouvrir droit à compensation aux proches d'une victime ayant subi une atteinte mortelle ou non mortelle mais très sérieuse » ou F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., art. 67 : « le préjudice d'affection résultant de la perte d'un bien ne donne lieu à réparation que si le dommage est intentionnel et crée chez la victime un trouble grave ».

nature, on pourrait ainsi autoriser à ce que le juge affecte la réparation des préjudices moraux à une utilisation précise, par exemple, un don à une association caritative³²⁴⁸.

726. Conclusion intermédiaire. Cela étant dit, cette référence à la *ratio legis* de la règle doit emporter une seconde conséquence relative au préjudice réparable, ou plutôt, cette fois, au dommage dans lequel il trouve sa source. Sans invoquer la limitation des types de préjudices réparables, les juges peuvent également se servir de l'exigence du caractère direct du dommage et donc de la causalité pour poser des limites aux demandes démesurées³²⁴⁹. Il s'agit cependant là d'une technique détournée. La vraie question réside dans ce que le droit peut et doit réparer ; ce qui devrait être une question de droit et non de fait. Ainsi, nous avons en effet relevé la difficulté à établir la certitude de la causalité scientifique dans le cadre des activités telle que les activités de fusion nucléaire. Le risque radioactif est un risque pervers qui suppose, bien souvent, des effets dommageables insidieux. Il est le principal risque présumé des activités de fusion nucléaire, si l'on excepte les réserves formulées à l'endroit du béryllium³²⁵⁰. Pour cela, la réponse à la question de savoir ce que la règle de responsabilité doit réparer se trouve dans le risque en lui-même. Dans une logique non-étrangère au régime de responsabilité civile nucléaire, il s'agit donc de poursuivre la réflexion par une définition « extrinsèque »³²⁵¹ du préjudice réparable, l'érigeant comme la conséquence d'un dommage précisément déterminé, et ainsi inclure dans la définition de ce dernier l'identification de la cause pertinente en droit.

b. Une détermination des dommages réparables

727. Pas de préjudice sans dommage ? Si le propos précède à participé, sinon à délimiter, du moins à poser un aperçu des intérêts que la règle de responsabilité devrait protéger, il ne suffit pas à délimiter les préjudices qu'elle pourra réparer. Les événements par lesquelles les activités à risque peuvent atteindre les individus dans leur intégrité physique, psychique et morale est variable. Dès lors, si l'on considère que l'intégrité physique, psychique et morale constitue le siège des intérêts susceptibles d'être protégés, la protection de la règle peut présenter un champ illimité. Dans le domaine du risque, on considère ainsi généralement qu'un risque « est réalisé lorsqu'il se transforme en dommage, lorsque la potentialité qu'il recèle devient une réalité, une actualité »³²⁵². La jurisprudence est constante sur ce point se justifiant par le refus de compenser par l'institution de la responsabilité les pertes relatives à un dommage non réalisé³²⁵³.

728. Plan. L'évidence de cette théorie cède cependant sous la pratique lorsque le dommage questionne autant sur sa matérialité (i.) que sur la nature du risque réalisé dont il résulte (ii.)

³²⁴⁸ La jurisprudence est opposée à ce principe en matière de préjudice moral : Cass. crim., 22 février 1995, n° 94-82.991, *Bull. crim.*, n° 77, p. 183 ; D. TAPINOS, « Le principe de libres dispositions des indemnités », *Gaz. Pal.*, 2016, n°11, pp. 66-71.

³²⁴⁹ Voy. pour exemple Cass. civ. 2, 24 février 2005, n° 02-11.999, *Bull. civ. II*, n°53, p. 50.

³²⁵⁰ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 2.

³²⁵¹ Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1, A, 2.

³²⁵² B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 369.

³²⁵³ Voy. pour exemple Cass. civ. 1, 27 mars 2001, n°98-20.007, *Inédit*.

i. L'exigence de la réalisation d'un risque primaire

729. La réparation (indemnitare) problématique de la « peur du risque ». L'essor des activités à risque a indéniablement été à l'origine de nouveaux préjudices réparables. Il en va ainsi du préjudice d'angoisse³²⁵⁴ ou d'attente des proches³²⁵⁵ que la doctrine promeut à faire reconnaître comme un chef de préjudice autonome³²⁵⁶ ou encore du préjudice d'anxiété. Or ces préjudices questionnent indéniablement sur leur rattachement à un dommage tangible, et plus spécifiquement le préjudice d'anxiété. Le cas de l'accident survenu sur le site AZF en témoigne³²⁵⁷, on ne saurait, sans préjudices des développements ci-dessus, rejeter fermement l'idée de toute compensation du préjudice d'angoisse ou d'attente des victimes « vivantes »³²⁵⁸. Mais quand le préjudice d'angoisse vise l'état de stress traumatisant qu'une victime a réellement et matériellement vécu, le préjudice d'anxiété vise l'angoisse de la victime qui est exposée à un risque, et dont la crainte est qu'il puisse se réaliser³²⁵⁹. Revenant à indemniser la « peur du risque »³²⁶⁰, le préjudice d'anxiété « illustre le mieux le refoulement des limites de l'indemnisation du préjudice moral »³²⁶¹. Reconnu spécifiquement à la faveur des personnes exposées aux poussières d'amiante dans le cadre de leurs activités professionnelles³²⁶², mais également appliquées à d'autres risques médicaux et pharmaceutiques³²⁶³, et plus récemment à toutes les substances nocives et toxiques auxquelles serait exposé le salarié³²⁶⁴, ce préjudice distinct de toute autre subi par la victime pousse donc assurément à la réflexion dans le cas nous intéressant. Dans l'hypothèse d'un événement dommageable survenant sur une installation de

³²⁵⁴ C'est-à-dire « le préjudice lié à une situation ou à des circonstances exceptionnelles résultant d'un acte soudain et brutal, notamment d'un accident collectif, d'une catastrophe, d'un attentat ou d'un acte terroriste, et provoquant chez la victime, pendant le cours de l'événement, une très grande détresse et une angoisse dues à la conscience d'être confronté à la mort » : S. PORCHY-SIMON (dir), *L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leur proche*, Rapport du groupe de travail, 2017, p. 64 ; P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », *JCP* 2015, doct. 739, sp. p. 1230 ; « Synthèse et prospective » in *11ème États généraux du dommage corporel – Événement traumatique collectif et dommage individuel*, *Gaz. Pal.*, 2019, HS n° 1, pp. 20-24.

³²⁵⁵ Voy. sur ce préjudice spécifique S. PORCHY-SIMON (dir), *L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches*, *op. cit.*, p. 64 et sur sa reconnaissance par certains juges du fond en cas d'accident collectif : PORCHY-SIMON, *L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches*, *op. cit.*, sp. pp. 17 et ss

³²⁵⁶ Le préjudice d'angoisse est souvent reconnu de manière autonome par les juges du fond mais semble rencontrer l'opposition de la Cour de cassation qui l'inclue, sauf cas spécifique du préjudice de mort imminente, dans le chef des souffrances endurées ou de l'incapacité fonctionnelle considérant son lien à avec l'atteinte à l'intégrité psychique : voy. S. PORCHY-SIMON, *L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches*, *op. cit.*, pp. 13 et ss ; H. GALL, *Le préjudice moral. Étude de droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, sp. pp. 88 et ss.

³²⁵⁷ Les juges toulousains saisis en référé étaient restés prudent sur ce préjudice considérant qu'il n'était pas de leur compétence. L'indemnisation des victimes ayant ensuite été établi sur la base d'une convention, le préjudice y fut intégré comme « une souffrance supplémentaire durable, conséquence éventuelle du retentissement sur la personne concernée, de l'aspect collectif du sinistre » et considéré comme « un chef de préjudice objectif, autonome, et exceptionnel lié au sinistre du 21 septembre 2001 » dans la nomenclature Dinthillac (PEX) : voy. *Convention d'indemnisation nationale pour l'indemnisation des victimes de l'explosion*, *op. cit.*, avenant 7 ; TGI Toulouse, 5 décembre 2012 ; *JAC*, n°31, note C. LIEHNARD ; C. LACROIX, *La réparation des victimes en cas de catastrophe*, *op. cit.*, pp. 34-35.

³²⁵⁸ Peut-être faudra-t-il émettre plus de réserves pour le préjudice d'angoisse (ex : préjudice de mort imminente) lorsque la victime est effectivement décédée ? Sur ce préjudice spécifique voy. Y. QUISTREBERT, « L'indemnisation conditionnée du préjudice d'angoisse de mort imminente », *RCA*, vol. 9, 2019, étude 8 et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 108.

³²⁵⁹ Sur ce préjudice, parmi une doctrine abondante, A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit.*, sp. pp. 208 et ss ; H. GALL, *Le préjudice moral. Étude de droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, sp. pp. 92 et ss.

³²⁶⁰ C. LANTERO, « L'affaire du Médiateur : la police et la peur du risque », *DA*, 2017, comm. 3, pp. 37-40.

³²⁶¹ J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », *op. cit.*, p. 447.

³²⁶² Voy. spécifiquement Cass. Soc., 11 mai 2010, n°09-42.241 et a, *Bull. soc. V*, n°106 ; Cass. Soc., 25 septembre 2013, n° 12-20912, *Bull. soc. V*, n°202 ; CE, 3 mars 2017, n°401395, *T. Lebon* et sur les évolutions les plus récentes L. DE MONTVALON, « Précision sur l'indemnisation du préjudice d'anxiété lié à l'amiante », *D.*, 2 octobre 2019.

³²⁶³ Voy. parmi d'autres : Civ. 1re, 19 décembre 2006, n°05-15.719, *Inédit* (sonde cardiaque, cassation partielle) ; Civ.1, 2 juillet 2014 n° 10-19206, *Inédit* ; Cass civ. 1, 11 janvier 2017, n°15-16282, *Inédit* (exposition *in utero* au Distilbène) ; TGI Nanterre, 28 janvier 2016, n° 15/01586, 15/01582 et 15/01743 (Médiateur). Le constat est d'ailleurs le même auprès du Conseil d'État : voy. CE, 27 mai 2015, n° 371697, *T. Lebon* (hépatite C) ; CE 9 novembre 2016, n°393108, *Rec. Lebon*, p. 496 (Médiateur).

³²⁶⁴ Voy. Cass. soc. 11 septembre 2019, n°17-24.879 ; L. DE MONTVALON « Précision sur l'indemnisation du préjudice d'anxiété lié à l'amiante » et A. VIGNON-BARRAULT, « L'anxiété : le regard du civiliste », *RCA*, n°5, mai 2019, étude 4, pp. 15-19.

fusion nucléaire, et toujours sans spéculer sur la dangerosité du tritium, on pourrait ainsi comprendre la crainte de celui qui, exposé aux effets pervers et latents de la radioactivité, serait obligé à vivre avec cette épée de Damoclès qu'est le développement éventuel d'une maladie cancéreuse ? Le préjudice moral dont il demanderait réparation n'aurait rien d'une éventualité : sa crainte serait actuelle et certaine³²⁶⁵. Certes, le préjudice moral en résultant ne trouverait pas son siège dans une atteinte portée à l'intégrité corporelle de la victime. Mais ne pourrait-on pas considérer une atteinte portée à son intégrité psychique ou, à l'excès, à l'intégrité de sa « situation » caractérisant ainsi l'exigence d'un dommage³²⁶⁶ ?

730. La limitation de la réparation (indemnitaire) à la peur du risque secondaire. Si l'on admet ce principe, il faut toutefois pouvoir poser des limites. Il existe, effectivement, une différence non négligeable entre la personne qui a effectivement été exposée à un événement dont le potentiel dommageable est avéré (ex : un accident nucléaire de fusion) et celle qui justifie sa crainte par le simple fait de côtoyer quotidiennement l'abri d'un « risque industriel potentiel » (ex : habiter proche d'une installation nucléaire de fusion, au souvenir de l'affaire du *Domaine du Diamant Noir*³²⁶⁷). Là est l'intérêt de réfléchir à la définition du dommage réparable. En effet, si le préjudice d'anxiété suppose la crainte d'un risque non réalisé, il doit quand même supposer un risque réalisé. La rédaction paraît tautologique. Il n'en est rien : le préjudice doit constituer la peur du risque secondaire provoqué par une exposition à la réalisation d'un risque primaire. Encore autrement formulée, il doit supposer le préjudice constitué en la peur de la réalisation d'un dommage corporel causé par un fait générateur : la réalisation d'un risque anormal inhérent à l'activité. Le lecteur comprendra donc la précision apportée dans le chapeau introductif de ce développement. Il ne s'agit pas pour nous d'envisager le risque réalisé comme le « risque secondaire « celui qui *se transforme en dommage* », ou plus encore en préjudice. Bien que les deux puissent se confondre en pratique, nous visons le risque primaire : celui qui est intrinsèque à l'activité et qui, lorsqu'il devient « une réalité, une actualité »³²⁶⁸, peut causer des dommages aux tiers. Il s'agit ainsi de « l'accident nucléaire » de fusion marquant la réalisation du risque inhérent à l'exploitation de l'énergie nucléaire.

³²⁶⁵ Voy. not. en ce sens B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 370 ou encore P. Jourdain « Dommage provoqué à des fins préventives et lien de causalité », obs. sous Cass. civ. 19 décembre 2006, op. cit., *RTD Civ.*, 2007, n°2, p. 352-354.

³²⁶⁶ Voy. J-S. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », op. cit., § 10 le dommage est un « fait : comme toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité ou d'une situation [...] perceptible indépendamment de l'idée que peut s'en faire la personne qui est en victime et des conséquences diverses que cela peut avoir pour elle ». L'application serait, nous le concédons, ici audacieuse. On pourra ici renvoyer à l'idée de F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice », op. cit., pour qui la distinction montrait ainsi ses limites à l'endroit de certaines atteintes.

³²⁶⁷ Rapprochez CA Paris, 22 novembre 2013, n°1209492 : « qu'il doit en être déduit que L'EARL domaine du Diamant noir ne peut, du seul fait de la survenance de faits accidentels tout à fait ponctuels et n'ayant provoqué aucune pollution significative, se prévaloir d'un sentiment de peur lié à un risque industriel potentiel excédant les troubles normaux de voisinage ; que le risque qu'elle évoque apparaît se rapporter plus à la proximité du site nucléaire du Tricastin qu'à la présence et à l'activité de la SOCATRI ». Voy. cependant sur la prolifération de ce préjudice dans le cadre des troubles anormaux de voisinage, nonobstant la particularité de ce fait générateur : CA Versailles, 4 février 2019, n°08/08775 (cessation du « préjudice moral résultant de l'angoisse » causé par une antenne relais), Cass. 2e civ., 10 juin 2004, n° 03-10.434 ; *Bull. civ. II*, n° 291 (terrain de golf) ; Cass. 2e civ., 24 févr. 2005, n° 04-10.362, *Bull. civ. II*, n° 50 (crainte d'un incendie due au stockage de paille).

³²⁶⁸ B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité*, op. cit., p. 369.

ii. L'exigence de la réalisation d'un risque anormal caractéristique

731. La délimitation du risque primaire réalisé. En effet, circonscrire le dommage réparable comme résultant de la réalisation d'un risque présenté par l'activité ne suffit pas à délimiter le champ de la protection offerte par la règle. Considérer la seule réalisation d'un risque pourrait ainsi suffire à servir la réparation du préjudice subi par celui qui, en visite sur une installation de fusion, se trouve blessé par la chute d'une pierre détachée d'un bâtiment. Elle pourrait également servir celui dont le véhicule est heurté par un fut en transport sans qu'il n'en émane aucune substance radioactive³²⁶⁹. Or sans préjuger du bien-fondé de la réparation de ces préjudices, ces dommages ne sont pas ceux que doit recevoir la règle de responsabilité. La définition du dommage réparable permet de préciser la définition du fait générateur en s'inspirant de la doctrine de la relativité aquilienne. Dans l'optique de lutter contre les excès de responsabilité, il faut donc mettre en exergue le but poursuivi par la règle en supposant que l'action en réparation ne s'étend « qu'aux dommages contre lesquels la règle offrait sa protection »³²⁷⁰. Suivant cette idée, la règle de responsabilité protège contre le risque anormal qui caractérise l'activité, c'est-à-dire contre celui qui est inhérent à sa poursuite. Ce choix, non inconnu des internationalistes³²⁷¹, opéré par des projets relatifs à la responsabilité du fait des activités à risque à l'instar du projet TERRE³²⁷² et des droits étrangers³²⁷³, présente des avantages non négligeables. D'une part, il permet de circonscrire la définition du fait générateur à la seule réalisation de ce risque anormal et de conférer une cause à l'obligation de réparer³²⁷⁴. D'autre part, il permet d'accorder la portée de la règle avec le fait de rattachement, en établissant si et jusqu'à quel point il existera entre l'activité et le dommage un lien propre à rendre la responsabilité *adéquate*. Destinée à épauler les théories classiques de la causalité, dont la difficulté à appréhender les dommages résultant d'activités à risque, telles les activités nucléaires de fusion, a été mise en lumière, cette délimitation de la réparation du dommage résultant du risque caractérisé n'est donc pas sans rappeler l'étude du lien entre l'accident nucléaire et le dommage nucléaire. Il faudra cependant, au souvenir de ce même régime, se garder de priver de toute souplesse cette détermination ou de dénier l'existence de plusieurs risques typiques. Cela reviendrait, en effet, à oublier les inquiétudes formulées à l'endroit des activités de fusion. L'on présume en effet que le risque inhérent à la poursuite d'une activité de fusion est la survenance d'un *accident nucléaire*, c'est-à-dire la survenance d'un événement qui cause des dommages dont l'un ou

³²⁶⁹ Voy. en ce sens Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultants d'activité dangereuses pour l'environnement*, Lugano, 21.VI. 1993, p. 9 ; P. WIDMER, P. WESSER, *Révision et unification de la responsabilité civile (droit suisse)*, Rapport explicatif, 2001, p. 143.

³²⁷⁰ J. LIMPENS, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », *op. cit.*, p. 560.

³²⁷¹ Voy. G. HANDL, « International liability of State for marine pollution », *op. cit.*, pp. 105-106.

³²⁷² Voy. P. WIDMER, P. WESSER, *Révision et unification de la responsabilité civile (droit suisse)*, *op. cit.*, p. 143 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 935 et ss ; PETL, art. 5 :101 et B. KOCH, « Article 5 : 101, Activité anormalement dangereuses » in O. MORÉTEAU, *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 153.

et surtout l'article 23 du Projet TERRE : « Sauf disposition particulière, l'exploitant d'une installation sujette à classement au sens du Code de l'environnement répond de plein droit de l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique des personnes ou de l'atteinte aux biens causées par son activité, lorsque que c'est précisément la réalisation du risque justifiant le classement qui a causé le dommage ».

³²⁷³ Voy. *Codice civile italiano*, art. 2050 ; *Restatement of Torts, Third*, § 4, comm. a ; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 935-937 et sur une étude plus approfondie de ces propositions *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

³²⁷⁴ Voy. *supra* § 1, B, 1 et *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

l'autre implique la radioactivité³²⁷⁵. Il n'est toutefois pas exclu que cette activité comporte un potentiel dommageable par la mobilisation d'autres éléments, tel que le béryllium³²⁷⁶. Dit autrement, le risque qui caractérise une activité n'est pas toujours exclusif d'un autre.

732. Conclusion intermédiaire. La règle de responsabilité envisagée porte en elle une double limitation. La première limite est intrinsèque à son champ d'application. Parce que la règle ne s'applique qu'à la seule réparation des dommages résultant de la réalisation d'un risque anormal caractérisant l'activité, cette limite permet de conférer à la règle une portée limitée justifiée par sa raison d'être et créant ainsi une « zone d'irresponsabilité » pour reprendre les mots de Jean-Sébastien BORGHETTI. La seconde limite sert la poursuite de cet objectif. Parce que l'équilibre de la règle est justifié par la nature des dommages que la réalisation du risque peut engendrer, elle appelle à privilégier la réparation de ces dommages en opérant une sélection des préjudices réparables. Cela conforterait, en sus, le problème économique auquel se trouverait confrontée l'institution de la responsabilité. Arrivé au terme de ces développements, il convient toutefois d'apprécier les conséquences des propositions. Si ces propositions permettent en effet de prendre en considération les impératifs d'équilibre et de budget en se focalisant sur la *ratio legis* de la règle, elles n'en restent pas moins une limitation indirecte de la compensation financière et de la responsabilité de l'exploitant *du fait de son activité à risque*. On se doute donc qu'une telle rationalisation ne peut s'opérer ni sans contreparties ni sans limites.

2. Les contreparties procédurales de la limitation

733. Une réparation financière efficace et certaine des préjudices réparables. Consacrer une règle de responsabilité du fait des activités à risque et limiter les préjudices réparables sur son fondement conduirait à faire sortir du champ de la réparation certains des intérêts que le droit protège. Or, cet « abandon par le droit d'un terrain qu'il occupait ou qu'il serait de sa compétence d'occuper »³²⁷⁷ ne saurait rester sans conséquence sur sa nature. Dès lors que la règle de responsabilité vise à limiter la compensation financière de certains préjudices, il ne fait ainsi aucun doute qu'elle doit permettre, en contrepartie, que la réparation des préjudices « acceptés » soit certaine. Cette condition est *sine qua non* à l'efficacité de la règle de responsabilité et se trouve justifiée par sa fonction réparatrice. Mais si l'on doit insister sur la certitude de la réparation des préjudices réparables, il faut encore rappeler que l'effectivité de la réparation ne se manifeste par le respect de cette seule exigence financière. Nous avons ainsi admis que certains préjudices réparables, mais difficiles à évaluer, tels les préjudices moraux purs, puissent faire l'objet d'une réparation modulée par le jeu de la frontière poreuse entre la compensation financière et la réparation en nature. Or dans ce contexte, il faut autoriser à garantir à la victime que le terrain abandonné par la réparation monétaire puisse gagner celui de la réparation

³²⁷⁵ On rappellera ainsi que la demande en réparation, dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, ne peut être introduite au titre des conventions que lorsque l'évènement et le dommage sont dus l'un et l'autre à la radioactivité ; ou lorsqu'un évènement de nature classique provoque un dommage ou des blessures radio-induits ou encore lorsqu'un évènement dû à la radioactivité provoque un dommage de type classique.

³²⁷⁶ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 2.

³²⁷⁷ J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non droit-droit », *APD*, 1963, p. 55 et dans le même sens M. DOUCHY, « La notion de non-droit », *RRJ*, 1992, n°2, pp. 433-476 et rapprochez avec A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit.*, pp. 414

morale. Or, sans préjudice des avantages que nous avons relevés à l'endroit de la fonction réparatrice de la règle de responsabilité vis-à-vis des mécanismes d'indemnisation³²⁷⁸, il faut admettre à l'instar d'Anne GUÉGAN-LÉCUYER qu'elle souffre également de limites lui étant extrinsèques. Nous l'avons insidieusement évoqué³²⁷⁹, la faiblesse de la responsabilité civile peut effectivement résulter de l'insuffisance des mécanismes accompagnant sa mise en œuvre³²⁸⁰. En effet, et de manière générale, la réparation de certains dommages

« n'est pas seulement une question de règle ; c'est aussi, et parfois surtout, une question de procédure. Si bonnes soient-elles, des règles demeurent vides de sens tant que les moyens d'en obtenir concrètement l'application ne sont pas fournis à ceux qu'elles intéressent »³²⁸¹.

Ainsi, quoique ces mots de Joe VERHOEVEN doivent principalement viser le cas spécifique de dommages transfrontières, il reste que ce « constat banal »³²⁸² se retrouve également dans l'ordre interne. Lenteur, complexité, hermétisme du juge civil face à la situation de la victime dont la présence est soumise à son pouvoir discrétionnaire, et coût éventuel de la procédure sont autant de facteurs qui alimenteront, et plus encore en cas de modulation de la réparation monétaire, un risque de dérive vindicative affectant le bénéfice de la règle de responsabilité sur le terrain résiduel d'une réparation morale. Cela est d'autant plus valable pour les victimes dont le seul préjudice qu'elles auraient subi serait bien la conséquence de la réalisation d'un risque anormal (donc un *dommage réparable*) mais ne serait pas un *préjudice réparable* au titre de la règle de responsabilité.

734. Une réparation morale minimale des victimes subissant un préjudice non réparable. À partir du moment où la règle de responsabilité limite *ratione materiae* la responsabilité de l'exploitant, certaines victimes ne pourront pas obtenir la réparation de leur préjudice et ne pourront *a priori* pas faire entendre leur cause. Ne bénéficiant *a priori* d'aucun intérêt à agir, on retrouve ici l'une des principales critiques qui avaient été avancées par les juristes français à l'encontre de la théorie de la relativité aquilienne, c'est-à-dire en raison de l'influence qu'elle pouvait montrer sur la recevabilité d'une action en justice³²⁸³. Assurément, une solution pourrait alors consister à prendre en considération le sentiment, fut-il subjectif, de légitimité de ces victimes d'obtenir la reconnaissance de leur statut. Cette reconnaissance pourrait de nouveau provenir du traitement procédural de la responsabilité. Sans qu'il leur soit reconnu individuellement le statut de victime, on peut néanmoins imaginer la (petite) satisfaction que pourraient retirer ces victimes (légèrement atteintes) d'une reconnaissance officielle et publique de la responsabilité de l'exploitant, quand des mécanismes, que le droit français peine à généraliser, peuvent justement le permettre. Tel est notamment le cas de l'action de groupe qui sans toujours autoriser une réparation de tous les préjudices individuellement subis permet néanmoins à la communauté de victimes de faire entendre sa cause³²⁸⁴.

³²⁷⁸ Voy. *supra* Chapitre 1, § 2, B.

³²⁷⁹ *Ibid.*

³²⁸⁰ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommmages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 235.

³²⁸¹ J. VERHOEVEN, « Conclusions » in *La réparation des dommages catastrophiques*, *op. cit.*, p. 490.

³²⁸² J. VERHOEVEN, « Conclusions », *op. cit.*, p. 490.

³²⁸³ Voy. H. SLIM, « Les intérêts protégés par la responsabilité en droit français », *op. cit.*, p. 127.

³²⁸⁴ Sur l'action de groupe Titre II, Chapitre 2, Section 2.

Dans ce contexte, il n'est toutefois pas certain que les victimes se suffisent de cette forme de réparation morale. Leur sentiment vindicatif serait davantage accentué que dans le cas des victimes dont la réparation serait simplement « modulée », le risque se présente que ces victimes aillent chercher la réparation sur un autre terrain. Au vu de la conciliation que nous proposons, ces victimes n'auraient pas forcément besoin d'aller chercher une responsabilité pénale ou administrative. Il pourrait leur suffire de fonder leur action sur une autre règle de responsabilité civile plus englobante, c'est-à-dire sur les autres clauses générales du Code civil. En dépit des critiques que nous avons formulées à leur encontre vis-à-vis du risque nucléaire de fusion, leur généralité les fait néanmoins apparaître comme extrêmement perméables et réceptives. Pendant un temps, elles ont ainsi réussi à intégrer les bouleversements issus du développement industriel et technologique et à garantir aux victimes, sous l'impulsion d'un juge leur étant favorable, l'existence d'un droit à réparation³²⁸⁵. Cela oblige donc, sans préjudice du critère de généralité dont nous souhaitons doter la règle de responsabilité, à réfléchir à ses interactions avec le droit commun de la responsabilité civile.

B. Les obstacles à une limitation *ratione materiae* de la réparation

735. Enjeux du problème. Les lois claires en théorie sont souvent un chaos à l'application. Comme le souligne Benjamin MÉNARD,

« s'il n'est aucun pays européen à avoir fait aujourd'hui l'économie d'une réflexion et d'une création de régimes de responsabilité permettant d'appréhender juridiquement les risques anormaux [*id* les dommages causés par l'exploitation d'activités à risque], la méthode, pour y parvenir ne semble, quant à elle, pas faire l'unanimité »³²⁸⁶.

En droit français, la discussion s'est ainsi cristallisée sur le point de savoir si ces dommages devaient être pris en compte par des mécanismes d'indemnisation ou une règle de responsabilité ; et plus encore si, dans ce dernier cadre, il devait constituer l'objet d'une clause générale de responsabilité ou celui d'interventions législatives ponctuelles allant dans le sens de la particularité à l'image du régime de responsabilité civile nucléaire. Or, si cette opposition entre une approche « continue » et « globale » et une approche « discontinue » et « particulière » n'est pas l'apanage du droit français, c'est que le choix de la méthode est loin de trouver une réponse évidente³²⁸⁷. Le fait en témoigne d'ailleurs qu'en dépit de notre volonté affichée de promouvoir la première option, la seconde a tout de même trouvé sa place au sein de notre étude. Il nous a en effet été permis, au cours de notre propos, de confirmer l'opportunité d'une éventuelle différenciation entre les diverses activités à risques, et ce compte tenu notamment de leur utilité sociale et/ou des solutions assurantielles ou budgétaires qu'elles pourraient respectivement appeler. Proposer la consécration d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque, laquelle limite *ratione materiae* la responsabilité de l'exploitant, revient donc inévitablement à aborder la problématique de son articulation avec les autres règles de responsabilité civile. Le propos

³²⁸⁵ Voy. sur ce constat sp. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 289 et ss.

³²⁸⁶ B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité*, op. cit., p. 373.

³²⁸⁷ Voy. N. P. OLIVEIRA, « Point de vue extérieur » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, op. cit., sp. p. 843.

ne saurait cependant se limiter à cette seule question, car à plusieurs égards la règle appelée de nos vœux entretient un rapport étroit avec la responsabilité administrative.

736. Plan. Pour cela, il s'agira d'envisager les difficultés que pourrait provoquer notre proposition de limiter les préjudices (financièrement) réparables sur le fondement de la règle de responsabilité du fait des activités à risque dans le droit civil (1.) mais également vis-à-vis de la responsabilité administrative (2.).

1. L'articulation de la règle avec les autres règles de responsabilité civile

737. Enjeux du problème. Dans la plupart des propositions doctrinales visant la réception des dommages nés de la réalisation du risque technologique comme cela pourrait être le cas du risque de fusion, la concurrence d'une telle règle avec les clauses générales de la responsabilité civile se présente comme un avantage. Sous réserve d'un risque de redondance affiché, d'aucuns envisagent la règle de responsabilité du fait des activités à risque comme une responsabilité aggravée de droit commun présentant une propension à couvrir le champ de la matière des activités à risque, et ce notamment lorsqu'une des conditions des régimes spéciaux ferait défaut³²⁸⁸. Toutefois, cette assertion ne peut emporter la conviction sans justification. Admettre sans discussion cette valeur de « droit commun parfaitement autonome »³²⁸⁹ à la règle de responsabilité présente le danger de réduire à néant la portée de la rationalisation opérée à l'endroit des préjudices réparables et celui de dénier la spécificité des régimes de responsabilité tels que le régime de responsabilité civile nucléaire³²⁹⁰. Certes, la multiplication des règles de responsabilité a créé ces « angles morts » que les activités de fusion nucléaire mettent en exergue, et que notre proposition a donc pour vocation, par son prisme, de combler. Pourtant, cela ne permet pas de résoudre les difficultés que l'application concurrente d'autres règles pourra susciter. Il est ainsi bien souvent enseigné dans les enceintes des universités que le concours de normes — c'est-à-dire la situation dans laquelle il existe une « convergence de même nature, ou de règles de droit ayant la même finalité, sur un même objet »³²⁹¹ — peut se résoudre par subsidiarité et par l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*. En effet, cette maxime directrice, que nous avons au demeurant exploitée dans la première partie de cette étude, autorise à considérer que

« le droit commun a vocation à jouer de partout où il n'est pas expressément écarté par une règle d'exception ou, à défaut de disposition expressément contraire, chaque fois qu'il n'entre pas en contradiction avec l'esprit d'une loi, avec les principes d'une institution ou l'économie particulière d'une législation spéciale »³²⁹².

³²⁸⁸ Voy. pour exemple en ce sens B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., sp. p. 378 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 380-381.

³²⁸⁹ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 380.

³²⁹⁰ On pensera ainsi au risque que porte en germe la reconduite de la solution d'un arrêt précité de la Cour d'appel de Paris ayant accueilli, sur le principe, la demande en réparation d'un dommage résultant d'un accident nucléaire sur le fondement du trouble anormal de voisinage alors que le préjudice invoqué par le requérant ne devait pas être de ceux couverts par le régime conventionnel : CA Paris, 22 novembre 2013, op. cit. et les propos *infra* qui lui sont consacrés.

³²⁹¹ F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, Paris, LGDJ, 1988, p. 78

³²⁹² F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour » in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 935 ; S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2012, p. 163

Cependant, cette maxime ne suffit pas à expliquer les modalités d'applications de différentes règles de responsabilité civile entrant en concurrence, et notamment celles du droit commun de la responsabilité civile désignant la responsabilité pour faute, de la responsabilité du fait des choses, voire la responsabilité en raison du trouble anormal de voisinage³²⁹³, et auxquels on est donc tenté d'ajouter la règle de responsabilité du fait des activités à risque. Ce sont donc les rapports entre ces normes de droit commun qui suscitent le plus de difficultés car la subsidiarité n'a plus vocation à s'y appliquer. Ils sont ceux qui permettent alors de constituer les vraies limites à la proposition que nous avons formulée.

738. Plan. Pour le comprendre, il s'agira, en présupposant du caractère de droit commun « parfaitement autonome » de la règle de responsabilité d'envisager deux hypothèses. D'abord, l'hypothèse d'une articulation entre la règle de responsabilité du fait des activités à risque et les autres régimes spéciaux, et notamment du régime de responsabilité civile nucléaire, laquelle reposerait sur un concours dit structurel (a.). Et, ensuite l'hypothèse de l'articulation de la règle de responsabilité avec les autres règles dites de droit commun (b.).

a. L'articulation de la règle avec les régimes spéciaux

739. L'existence de concours structurels. Jouer de « [l']écran » que crée le droit spécial devant le droit commun, et qui se lève lorsque le premier fait montre de cette insuffisance ou que l'une de ses conditions d'application n'est pas remplie, suppose que les normes en présence entretiennent un rapport de spécialité et qu'il se présente ainsi un concours structurel. Signifiant que « les deux normes en cause sont en concours du fait même de leur composition interne »³²⁹⁴, le concours structurel se conçoit dès lors que les normes entretiennent une relation de genre suffisamment étroite pour que l'une puisse être considérée comme la norme spéciale de l'autre :

« une norme est une règle spéciale par rapport à une autre lorsqu'elle fournit une réponse à un problème, qui est un cas particulier de problème résolu par la seconde, qualifiée pour ce motif de norme générale [...] chaque fois qu'une norme comprend les *conditions d'application* d'une autre norme, il y a une relation de commun à particulier qui s'établit entre elles. La norme dont les *conditions d'application* sont inclusives est la norme générale, alors que la norme dont les conditions d'applications sont incluses est la norme spéciale. La relation entre droit commun et droit spécial révélerait donc un passage du genre à l'espèce. Le droit spécial ne serait qu'une espèce du genre plus large de droit commun »³²⁹⁵.

Ici, la condition de ralliement dans un genre est *grosso modo* le fait générateur. Ainsi, la faute, le fait de la chose que l'on a sous sa garde, le trouble anormal de voisinage ne devraient entretenir *a priori* aucune relation de genre à espèce avec la responsabilité du fait des activités à risque, et ce cela bien qu'on ait pu rapprocher des régimes spéciaux à l'instar du régime de responsabilité civile nucléaire

³²⁹³ Voy. S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., p. 136 ; M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse, Université de Toulouse, 2003, pp. 22 et ss.

³²⁹⁴ S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., sp. p. 27.

³²⁹⁵ S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., p. 146. ; A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse, Lyon, 1975, p. 262.

avec le fait de la chose³²⁹⁶, ou que l'on puisse encore en douter pour le trouble anormal de voisinage. Alors que ce dernier présente d'ores et déjà une relation ambiguë de genre avec la responsabilité du fait des choses³²⁹⁷, il est ressorti de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire du *Domaine du Diamant noir* l'établissement d'une appartenance de genre entre ce fait générateur et la responsabilité civile nucléaire. Dans cette affaire, les conditions d'application de la responsabilité civile nucléaire n'étaient pas remplies à défaut de l'existence d'un *dommage nucléaire* au sens de la Convention de Paris de 1982. Fondant son jugement sur le trouble anormal de voisinage, le juge d'appel a considéré que ce dernier constituait un régime autonome susceptible d'être invoqué subsidiairement par rapport aux régimes particuliers instaurés en matière environnementale, notamment le régime de responsabilité civile nucléaire³²⁹⁸. Or, quoique l'on puisse adopter une conception large du voisinage, il reste que la responsabilité civile nucléaire repose sur la réalisation d'un risque quand l'originalité du type d'atteintes que se propose d'appréhender le trouble anormal de voisinage ne doit *a priori* pas relever de la réalisation du risque³²⁹⁹. La responsabilité civile nucléaire constitue donc aujourd'hui un « régime orphelin »³³⁰⁰. En revanche, la règle de responsabilité du fait des activités à risque pourrait l'englober.

740. La résolution du concours structurel. Bien que cela soit peu probable pour les accidents de fusion – puisque les activités nucléaires de fusion sont exclues du champ d'application des conventions de droit spécial – l'établissement d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque serait donc source de possibles concours structurels avec les droits spéciaux fondés sur le risque, tel que le régime de responsabilité civile nucléaire. Dans cette hypothèse, la question devrait donc se poser des limites du principe de subsidiarité. Par principe, la résolution du concours ne devrait pas poser de difficulté puisque chaque fois que les conditions d'application de la règle principale sont remplies, la règle subsidiaire est exclue. À défaut d'une demande fondée sur le droit spécial, le juge devrait donc déclarer la demande irrecevable et pourra relever l'application du droit spécial³³⁰¹. Dans le cadre du régime de responsabilité nucléaire, on ne pourrait d'ailleurs qu'encourager le juge à procéder de la sorte. Une position inverse reviendrait à annihiler la portée de ce régime et surtout celle du principe de canalisation qui sous-tend cette idée en empêchant la victime d'agir contre un autre. Cela étant, cela ne suffit pas à régler toutes les difficultés. Ce concours structurel questionne en effet la possibilité

³²⁹⁶ Certains auteurs rattachent en effet le régime de responsabilité civile nucléaire à la responsabilité du fait des choses – peut-être parce que la garde avait initialement été proposée pour fonder cette responsabilité, notamment R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, pp. 508-511 ou encore E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *op. cit.* Voy. ainsi en ce sens pour exemple M. BACACHE-GIBEILL, *Les obligations, Responsabilité civile extra-contractuelle*, *op. cit.*, p. 271 et S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, *op. cit.*, p. 90

³²⁹⁷ Voy. P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 351 relevant une ambiguïté de la jurisprudence sur ce point.

³²⁹⁸ CA Paris, 22 novembre 2013, *op. cit.* Nous soulignons.

³²⁹⁹ Voy. *supra* Introduction § 29.

³³⁰⁰ Voy. M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 581 soulignant que la montée en puissance des régimes particuliers de responsabilités pourrait faire de ces régimes des « régimes orphelins » sans qu'il ne soit plus possible de montrer qu'ils émanent de la sphère de compétence, d'un régime de droit commun.

³³⁰¹ Tel serait le résultat d'une application de l'article 12 du *Code de procédure civile*. La question est, nous nous en doutons, en réalité bien plus complexe. L'on observe d'une part que lorsque les parties s'entendent sur l'application du droit commun, il est arrivé que le juge privilégie l'application du droit commun sur le droit spécial : voy. sur ce point S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, *op. cit.*, sp. p. 190 et ss. Ensuite, il semblerait que la jurisprudence ne soit pas claire sur l'obligation faite au juge de relever d'office l'application du droit spécial : voy. Cass, ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *Bull. AP*, n° 10 et S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 452 et ss. En revanche, cette obligation est faite au juge lorsque la règle est d'ordre public.

pour le juge de réduire la subsidiarité du droit commun, en établissant une mauvaise distinction entre les conditions d'application de la règle et celle de sa réalisation. Or, pour prendre l'exemple de ce régime spécial, une mauvaise application du principe de subsidiarité rendrait inutile toute limitation de la responsabilité de l'exploitant nucléaire³³⁰². Il faut donc être clair sur la distinction qu'il y a entre les conditions d'application (le domaine de la règle) et les conditions de réalisation de la règle (le jeu de la règle) de droit spécial. Si la défaillance des premières emporte application de la règle de droit commun, la défaillance des secondes emporte simplement une irresponsabilité³³⁰³. Toutefois, cette distinction n'est pas toujours très claire et peut conduire à des solutions dangereuses à l'instar de celle proposée dans le cadre de l'affaire du Domaine du Diamant Noir.

Dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, on suppose que les conditions d'application de la norme sont l'existence d'un *dommage nucléaire* causé par un *accident nucléaire* survenu dans une *installation nucléaire* ou mettant en jeu des *substances nucléaires*³³⁰⁴. Pour cela, le dommage causé par la réalisation du risque de fusion ne répondant à aucune de ces définitions, il est exclu du régime et impose de revenir à l'application de la règle générale. Par comparaison, la victime qui subit un *dommage nucléaire* mais qui ne peut obtenir réparation parce qu'elle agit au-delà du plafond disponible ou de la limite *ratione temporis* ne pourra se prévaloir de la règle générale. Ce sont alors les conditions intrinsèques à la règle de responsabilité civile nucléaire qui sont défaillantes, et donc ses conditions de réalisation : il n'y a donc pas de subsidiarité. *Quid* néanmoins de celui qui se prévaut de préjudice résultant d'un dommage causé par un événement nucléaire de fission mais ne constituant pas un *dommage nucléaire* au sens conventionnel, comme cela était le cas dans l'affaire suscitée ? Par principe, il pourrait bénéficier du principe de subsidiarité car il serait hors des conditions d'application du régime. Il y aurait bien une relation de genre à espèce avec la règle de responsabilité du fait des activités à risque. Cela ne paraît toutefois pas une solution acceptable lorsque le régime a été conçu pour répondre aux besoins les plus impérieux.

Pour résoudre cette difficulté, il existe plusieurs solutions. La première revient à considérer que le fait générateur constitue le seul élément pertinent. La règle générale suppose la réalisation d'un risque *anormal*. La règle spéciale – ici le régime de responsabilité civile nucléaire – suppose la réalisation d'un risque *anormal spécifique*, indépendamment des conditions et des limites qui sont ensuite propres au

³³⁰² De la même manière que la reconnaissance d'un cumul de responsabilité pourrait y porter atteinte : voy. S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., p. 277 et supra Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2 (introduction).

³³⁰³ Voy A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, op. cit., p. 259 et ss S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, pp. 142 et ss ou encore M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse, Université de Toulouse, 2003, p. 122, 131 soulignant ainsi que rechercher les conditions d'application d'un régime de responsabilité civile et son domaine ne revient pas à déterminer les personnes qui doivent l'endosser, mais à déterminer les personnes qui peuvent l'endosser. Si l'une des conditions internes, autrement dit conditions de réalisation, fait défaut, le régime demeure appliqué, mais le responsable est déchargé de sa responsabilité, car les conditions relatives à l'identification du responsable ne sont pas réunies.

³³⁰⁴ Cela semble d'ailleurs conforme à l'idée de Matthieu POUMARÈDE pour qui les conditions d'application répondent à la question du « qui est responsable » ? Stéphanie MAUCLAIR applique d'ailleurs cet exemple à la lettre en faisant référence à l'exploitant d'aéronef considérant l'ancien article L. 141-2 du *Code de l'aviation civile* qui dispose que « l'exploitant d'un aéronef est responsable de plein droit des dommages causés par les évolutions de l'aéronef ou les objets qui s'en détacheraient aux personnes et aux biens situées à la surface ». A la question « qui peut réparer ? », la réponse est : « celui qui exploitant un aéronef a vu ses évolutions ou des débris de ce dernier causer des dommages aux personnes ou aux biens » : voy. S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., p. 144 et dans le même sens M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse, Université de Toulouse, 2003, pp. 122 et ss. On notera toutefois que les auteurs soulèvent l'ambiguïté de ces régimes « objectifs » considérant qu'ils absorbent à la fois les conditions d'application et de réalisation de la norme par comparaison au régime de responsabilité pour faute.

régime et constitue ainsi « le jeu de la règle ». Ce risque spécifique a d'ailleurs justifié l'exclusion du risque nucléaire de fusion de son champ d'application. Le facteur commun restant le risque « anormal », les victimes de la radioactivité pourrait donc rechercher la responsabilité sur le fondement de la règle générale du fait des activités à risque lorsque leur dommage ne résulte pas du risque anormal spécifique du régime spécial : tel est le cas du risque nucléaire de fusion. La seconde solution serait que le juge interprète le régime de responsabilité civile nucléaire comme étant « exclusif » permettant ainsi un recul de subsidiarité³³⁰⁵ ou qu'il le qualifie « d'ordre public »³³⁰⁶ faisant ainsi fi de tout rapport de spécialité. Seul compterait que l'on se trouve dans le champ de compétence théorique de la règle. Néanmoins, cela pourrait revenir potentiellement à la première solution. Envisager le champ de compétence théorique du régime de responsabilité civile nucléaire revient, en effet, à mettre en exergue qu'il repose sur la réalisation d'un risque anormal spécial : la réalisation du risque anormal présenté par la poursuite des activités de fission nucléaire. Dès lors, la première solution apparaît plus claire, et elle est surtout la seule qui permettrait de conserver la *ratio legis* du régime spécial.

Pour finir, la place que nous avons souhaité accorder à ce cas dans ce propos tient à deux raisons. La première est qu'elle permet de clarifier notre position sur la place qui devra être conservée aux régimes spéciaux déjà en vigueur, et notamment ceux dont on peut difficilement douter de la pertinence, et ce en dépit de leur faiblesse. Tel est, au fond, notre avis sur le régime de responsabilité civile nucléaire. Il s'agit ainsi de bien comprendre la mesure dans laquelle il est important que leur effectivité soit protégée en dépit de la règle de responsabilité, et ce d'autant plus quand d'aucuns ont pu considérer sous une formule imprécise que l'avantage d'un droit commun du fait des activités à risque est « que lorsqu'une *condition nécessaire à la mise en œuvre* de textes spéciaux fait défaut, celui-ci retrouve tout son empire »³³⁰⁷. La seconde est que le cas étudié est une solution de concours qui est relativement simple, et qui permet d'apprécier d'autant plus les difficultés susceptibles de résulter de la seconde hypothèse étudiée.

b. L'articulation entre la règle de responsabilité et les règles de droit commun

741. L'existence problématique de concours conjoncturels. Le concours conjoncturel correspond à l'hypothèse dans laquelle deux normes se retrouvent en concours « du fait d'un événement extérieur »³³⁰⁸. Lié aux faits de l'espèce, ce concours survient sans qu'il soit impossible d'en identifier les normes à l'avance. Pour le comprendre, il suffit d'imaginer une hypothèse dans laquelle un préposé travaillant sur une installation de fusion nucléaire causait un dommage en raison d'une

³³⁰⁵ S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., pp. 306 et ss.

³³⁰⁶ Voy. sur les hypothèses de recul du principe de subsidiarité en droit de la responsabilité sur le fondement d'ordre public S. MAUCLAIR, op. cit., pp. 294 et ss ; pp. 335 et ss. Pour un exemple sur cette question qui a animé la doctrine en matière de produit défectueux quand le législateur européen avait prévu un recul du droit commun : voy. M. BACACHE-GIBEILI, *La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., pp. 916 et ss ; P. JOURDAIN, « L'exclusivité de la loi impose au juge de l'appliquer d'office », note sous Cass. civ. 2, 5 juillet 2018, n°17-19. 738, *RTD civ.* 2018, pp. 928-931. Pour les accidents de la circulation : voy. Cass. 2^{ème} civ. 4 mai 1987, n°85-17051, *Bull. civ. II*, 1987, n° 87 p. 53.

³³⁰⁷ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 381 contra G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, op. cit. ou encore les PETL lesquels disposent expressément que « lorsqu'une activité fait l'objet d'une responsabilité sans faute par l'effet de toute autres dispositions de ces principes, d'une loi nationale ou d'une convention internationale, l'application de cet article est exclue ».

³³⁰⁸ S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., p. 27.

négligence fautive dans la manipulation d'un instrument quelconque, et que cela entraîné la survenance d'un « accident » de fusion, et donc la réalisation du risque nucléaire de fusion. La responsabilité de l'exploitant pourrait être recherchée sur le fondement de la responsabilité du fait des activités à risque. Le préposé ayant agi dans les limites de sa mission, la victime disposerait également d'un recours contre ledit exploitant (que l'on imagine être son commettant) sur le fondement de la responsabilité du fait des choses³³⁰⁹ ou sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui, si l'on arrive à rapporter la preuve de la faute attribuable au préposé³³¹⁰. Excluant par principe tout rapport de subsidiarité, cette situation de concours laisserait théoriquement laisser le choix à la victime de l'action à engager contre un même responsable. Or, suivant la proposition formulée par Benjamin MÉNARD, cela aurait pu ne pas poser de difficulté :

« concevoir la consécration d'un nouveau principe de responsabilité du fait de la réalisation d'un risque anormal ce n'est pas simplement se fonder sur une hiérarchie entre les risques, c'est considérer plus profondément, que ces deux régimes répondent à des fondements distincts de responsabilité. Pour le dire autrement, la justification théorique qui sous-tend ces deux régimes n'est pas identique : tandis que pour l'un — la responsabilité pour réalisation d'un risque anormal — la dangerosité est inhérente à la nature même de [l'*activité*], pour l'autre — le fait de la chose —, la dangerosité est déduite d'une analyse de son comportement, de sa position, de son vice [...] Pour autant, il faut admettre qu'un même fait dommageable est susceptible de tomber sous le coup de ces deux régimes de responsabilité civile. La victime disposera alors d'un choix, lequel sera guidé par l'intérêt qu'il y a à exercer telle ou telle action. À cet égard, tant du point de vue de la souplesse des conditions du déclenchement de la responsabilité que de l'attractivité de son régime, le fondement de l'anormalité du risque serait indéniablement à privilégier pour la victime »³³¹¹..

En revanche, dans le cadre de notre proposition, ce concours est enclin à mettre en péril la rationalisation que nous avons opérée au sein de la règle de responsabilité du fait des activités à risque. Dans cette situation, il n'y a pas de rapport de spécialité et donc de résolution par la subsidiarité. Les fondements seraient alors indépendamment invocables. Soit la victime bénéficie d'une option entre les différentes normes indépendamment invoquées : « les deux fondements ayant des domaines bien distincts, l'application de l'un au détriment de l'autre ne permettrait pas de tourner une règle qui aurait été spécialement mise en place pour cette situation »³³¹². Si la victime invoque plusieurs fondements, le juge pourra appliquer la règle qui lui paraît être la plus favorable, voire en faire une application combinée³³¹³. Compte tenu de la limitation souhaitée des préjudices réparables, il pourrait donc en résulter une application privilégiée des autres règles. Le travail de rationalisation opérée en amont serait donc inefficace. Soit il ressort de la règle de responsabilité du fait des activités à risque la volonté du législateur d'imposer l'usage de celle-ci, et le juge la déclare comme de nouveau comme

³³⁰⁹ On rappellera que le commettant est le gardien de la chose, le préposé ne pouvant être gardien : voy. Cass. civ., 27 février 1929, DP 1929. 1. 129, note G. RIPERT ; S. 1929. 1. 297, note L. HUGUENY.

³³¹⁰ On rappellera que le préposé bénéficie d'une « immunité » chaque fois que, sans commettre un abus de fonction ou une faute pénale, il a agi dans les limites de sa mission, et ce depuis l'arrêt *Costedoat* : Cass. ass. pl. 25 février 2000, n°97-17.378, *Bull. AP*, n°2, p. 3. Sauf cas exceptionnel, la jurisprudence admet de longue date qu'il existe une « incompatibilité entre les qualités de préposé et de gardien » : Cass. civ., 27 février 1929, S. 1929. 1. p. 297.

³³¹¹ B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 380.

³³¹² S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., p. 358.

³³¹³ Voy. pour exemple Cass. civ. 3, 11 février 1998, *Bull. II.*, n° 34.

exclusive et d'ordre public ; cette seule solution permettant alors d'exclure l'application d'une autre règle autonome³³¹⁴.

742. Plan. Présentant un avantage non négligeable, cette solution ne saurait cependant suffire à éluder les difficultés subsistant à l'égard de la responsabilité pour faute (i.) ou de la responsabilité du fait des choses (ii.)

i. L'articulation de la règle avec la responsabilité pour faute

743. Le problème de la responsabilité pour faute de l'exploitant. D'abord, il y aurait une difficulté s'il devait apparaître que la réalisation du risque a résulté d'une faute imputable à l'exploitant. En effet, le fait que la règle de responsabilité puisse autoriser à rechercher la responsabilité *même sans faute* des exploitants d'activité à risque ne devrait pas, selon nous, faire obstacle à une action fondée sur la faute laquelle obéit au principe de réparation intégrale. En effet, empêcher les victimes de rechercher une responsabilité pour faute de l'exploitant aux fins d'obtenir une réparation pleine pourrait éventuellement être inconstitutionnelle³³¹⁵. Même si dans un but d'intérêt général, le Conseil était conduit à tempérer sa position, les difficultés liées aux impératifs budgétaires de la responsabilité ou à une hiérarchisation des besoins impérieux pourraient ne plus suffire à lutter contre le constat de la rupture d'un équilibre : le dommage aurait véritablement été « injustement causé ».

744. Le problème de la responsabilité pour faute du tiers. Ensuite, qualifier la règle de responsabilité du fait des activités à risque d'ordre public ne suffirait pas à empêcher l'application de la responsabilité pour faute si le fait, du fait d'un tiers (non préposé), devait apparaître comme une cause de la réalisation du risque ou cause de la survenance du dommage. Il y aurait là une hypothèse de concours complexe où la situation permet le jeu de plusieurs normes ne désignant pas le même débiteur³³¹⁶. Certes, on pourrait arguer là du principe de canalisation dont nous avons relevé la pertinence dans le cadre de la règle qui doit justifier que seule la responsabilité de l'exploitant pourra être recherchée³³¹⁷. L'affirmation trouve cependant deux limites. D'une part, si l'intérêt du principe de canalisation a été mise en exergue, il faudrait encore lui trouver une justification suffisante. D'autre part, il faut rappeler que si nous avons admis le principe au sein de la règle de responsabilité, nous n'avons jamais explicitement adhéré à ce qu'il présente la même rigueur ou la même forme que celle du régime de responsabilité civile nucléaire, spécifiquement à l'endroit de la faute des tiers³³¹⁸. Dans cette hypothèse, invitant à la prise en compte d'une condamnation *in solidum*, la possibilité que l'un des auteurs puisse être tenu à une réparation intégrale et l'autre non pourrait être une source de

³³¹⁴ Rapprochez S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., p. 358, op. cit., p. 363 critiquant la solution du juge ayant constaté l'irrecevabilité d'une action sur le trouble anormal de voisinage (pour absence de trouble), et exclue l'application de la responsabilité du fait des choses alors que les règles étaient de fondement distinct : voy. Cass. civ. 2, 20 juin 1990, *Bull. II*, n° 140 ; Cass. civ. 2, 20 juin 2002, n° 00-17179, *Inédit* ; Cass. civ. 2, 13 septembre 2007, n° 06-17992, *Inédit*.

³³¹⁵ En réalité, cela est difficile à prévoir tant la jurisprudence du Conseil constitutionnel est relativement complexe sur ce point : voy. B. Girard, « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., et *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

³³¹⁶ Autrement dit, quand deux responsables différents sont identifiés, peu importe que l'une des deux normes soit d'ordre public : voy. S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial [...]*, op. cit., sp. p. 398.

³³¹⁷ Voy. *supra* Section 1, § 1.

³³¹⁸ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2.

difficulté³³¹⁹. Cela est d'autant plus valable que, conformément aux développements qui suivront concernant la justification du lien d'imputation, l'exploitant pourra apparaître en certaines circonstances comme responsable de ce fait (fautive ou non) d'autrui³³²⁰. Dès lors, cela risquerait de compliquer les données du problème, en sus de ne pas être sans influence sur l'étendue de sa propre responsabilité. Enfin, et surtout, conférer un caractère d'ordre public à la règle de responsabilité du fait des activités à risque de règle pourrait ne pas suffire à protéger son application des autres cas de responsabilité *même sans faute*, tel que la responsabilité du fait des choses.

ii. L'articulation de la règle de responsabilité avec la responsabilité du fait des choses

745. La responsabilité du fait des choses et le risque anormal. Trancher en faveur de la règle de responsabilité du fait des activités à risque commande que l'on soit certain de se trouver dans le champ d'application de la règle, c'est-à-dire dans l'hypothèse de la réalisation du risque anormal caractérisant une activité à risque³³²¹. Or, nous avons déjà évoqué à multiples reprises la souplesse dont on souhaite doter la compréhension de ce fait générateur destinée à organiser la réparation susceptible de résulter de l'exploitation de l'énergie nucléaire de fusion, mais également d'autres activités à risque non existantes ou oubliées du droit de la responsabilité. Le lecteur se doute donc de l'importance que pourrait revêtir la qualification opérée par le juge à cet endroit, et du danger que serait susceptible de représenter une interprétation, qui dans un sens favorable aux victimes, manquerait la qualification de l'activité en cause et permettrait ainsi une application résiduelle des règles peu ou prou concurrentes. Il en irait ainsi, sans préjudice des limites évoquées à son endroit, de la responsabilité du fait des choses³³²². En dépit du contrôle que pourrait opérer le juge de cassation, le danger serait tel qu'une réduction du champ d'intervention de ces deux règles de responsabilité, et notamment de la responsabilité du fait des choses, pourrait être opportun.

En effet, quoique l'on considère souvent que la responsabilité du fait des choses est née de la théorie du risque³³²³, elle n'en a jamais véritablement recouvert la compréhension. D'abord, rattachant « la responsabilité à la garde et non à la chose elle-même », elle n'a jamais eu vocation à s'appliquer aux choses présentant un risque particulier³³²⁴. Ce n'est pas dire pourtant que certains n'ont pas tenté d'en délimiter la portée aux seules choses dangereuses³³²⁵. Parmi ces derniers, on se souvient principalement de la théorie du doyen RIPERT. Pour ce dernier, la présomption de faute qui gouvernait

³³¹⁹ Ce n'est pas dire cependant que cette hypothèse n'est pas inconnue : voy. sur cette question dans le cadre des conventions restrictives de responsabilité G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., pp. 536-537.

³³²⁰ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 2.

³³²¹ Sur ces difficultés dans le cadre, pour exemple, des accidents de la circulation voy. S. MAUCLAIR, op. cit., pp. 364 et ss.

³³²² Voy. *supra* Introduction, § 28.

³³²³ Cette assimilation entre la responsabilité du fait des choses et la théorie du risque ne serait pas totalement fondée et fait l'objet de contestation : voy. pour exemple J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Les obligations. Le fait juridique*, op. cit., pp. 83, 315 et ss admettant que cette responsabilité est tirillée entre le risque et la faute, et comparez P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 955 qui semble voir son fondement dans la théorie de la garantie. Rapprochez *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2.

³³²⁴ Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, S, 1930, 1, 121.

³³²⁵ Voy. A. ESMEIN, note sous Chambre des requêtes, 12 juillet 1899, S., 1899, I, p. 497 ; note sous Cass. civ., 21 février 1927, S. 1927, I, p. 138 ; Cass. civ., 25 juillet 1927, S. 1928, I, p. 89 ; P. VOIRIN, « La notion de choses dangereuses », op. cit., pp. 1 et ss ; L. CHARBONNIER, note sous 15 novembre 1984, D., 1985, p. 20 et plus généralement sur ces propositions F. BELLA, *Les choses dangereuses dans les contrats privés*, thèse, Université de Versailles, 2015, pp. 30 et ss ; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, op. cit., pp. 632 et ss ou encore D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile – Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 313 et ss.

initialement cette responsabilité ne se trouvait justifier qu'en raison de l'obligation qui aurait été faite au gardien de garder une chose présentant un danger particulier³³²⁶. Dès lors, il aurait ainsi fallu s'attacher à distinguer les choses dangereuses de celles qui ne le sont pas³³²⁷. Parce que toute chose pouvait être dangereuse en raison des circonstances de la cause (la position, la vitesse ou l'état de la chose) et que, partant, le danger se révélait *a posteriori*³³²⁸, cette théorie n'a jamais été accueillie³³²⁹. Résumé à un critère de liaison entre un fait et un dommage, c'est ainsi que l'on a fréquemment retenu à l'encontre de cette théorie l'exemple du pot de fleur posé en équilibre instable sur un balcon. Dans cette circonstance, il présente un danger en cas de chute. En revanche, ce même pot de fleur posé sur la table posée sur la table ne présente assurément pas la même dangerosité. Dès lors, ces difficultés à définir la notion de danger ont conféré une grande ampleur à la responsabilité du fait des choses, et cette ampleur n'a pas été sans influence lorsque la question d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque a été envisagée en droit français.

746. La responsabilité du fait des choses au sein du projet Catala. Mise à mal par la spécialisation croissante du droit de la responsabilité civile l'ayant privé d'un fondement pratique³³³⁰, d'aucuns considèrent qu'elle ne constituerait « qu'un immense gaspillage d'intelligence et de temps »³³³¹. Attaché d'un fondement théorique peinant à justifier que le simple fait d'une chose non dangereuse puisse être source d'une responsabilité même sans faute alors que le fait de l'homme n'engage la responsabilité de son auteur que lorsqu'il est fautif³³³², l'introduction d'un principe de responsabilité du fait des « activités anormalement dangereuses » au sein du projet Catala a ainsi cristallisé le débat sur l'opportunité de maintenir le principe de responsabilité du fait des choses³³³³. Pourtant, la doctrine s'est montrée favorable à son maintien. En pratique, on comprend ce choix qui résultait de la rédaction même de l'article 1362, qui dans une logique *ex-post*, visait une responsabilité en cas d'accident

³³²⁶ Voy. sur cette notion de faute dans la garde *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2.

³³²⁷ Voy. G. RIPERT, note sous Civ., 21 février 1927, *D.* 1927, I, p. 97 ou encore *La règle morale dans les obligations civiles op. cit.*, sp. p. 227. Ainsi l'auteur identifie les choses dangereuses comme celles qui sont mues par une force dont l'homme n'a pas la direction absolue, celles qui sont mises en mouvement par la force humaine et qui en développent l'effet, ou encore celles qui en raison de la force ou de leur pesanteur seraient susceptibles d'être mises dans la situation où elles seraient entraînées par cette force.

³³²⁸ De plus, l'argument était avancé que la faute présumée pouvait être plus prégnante lorsque la chose inoffensive causait un dommage : H. ET L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, op. cit.*, p. 343 ; A. TUNC, « Les choses dangereuses et la responsabilité civile en droit français » in *Les choses dangereuses en droit français*, Paris, Dalloz, 1967, pp. 57 et ss. et plus généralement sur cette question G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité, op. cit.*, p. 641 ou encore M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile, op. cit.*, p. 59.

³³²⁹ Voy. Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, S, 1930, I, 121. Seuls quelques juges du fond y ont fait référence que l'on peut, d'une part, expliquer par le fait que l'arrêt Teffaine du 16 juin 1896, qui a posé les jalons de la responsabilité du fait des choses, avait visé un cas d'explosion d'un remorqueur, et d'autre part, parce que l'arrêt rendu par la Chambre civile précédent l'arrêt des Chambres réunies dans l'affaire *Jand'heur* avait considéré que pour l'application de l'article 1242 al. 1, la chose doit être « soumise à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elle fait courir aux tiers » : voy. Cass. civ., 21 février 1927, I, 137 ; Dijon, 16 octobre 1928, *D.*, 1929, II, 41 et sp. G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité, op. cit.*, pp. 639-640.

³³³⁰ Voy. A. TUNC, « Évolution du concept juridique de responsabilité », *Droit et culture*, 1996, n°1, p. 29 ; H. GROUDEL, « Les démembrements du régime général de responsabilité délictuelle du fait des choses » in F. LEDUC (dir.), *La responsabilité délictuelle du fait des choses, réflexion autour d'un centenaire*, Paris, Economica, 1997, pp. 61-70 ; D. MAZEAUD, « Un principe général de responsabilité du fait des choses est-il réellement nécessaire ? Point de vue d'un privatiste » in F. LEDUC (dir.), *La responsabilité délictuelle du fait des choses, réflexion autour d'un centenaire, op. cit.*, pp. 111-118 ; J-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, p. 11.

³³³¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, Paris, PUF, 1996, p. 417.

³³³² J-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, pp. 9-10 ajoutant ainsi « [qu'] on peut trouver des justifications très solides à certaines formes de responsabilité du fait des choses. L'idée que celui qui crée un risque spécifique de par l'utilisation ou la mise en circulation de choses présentant une dangerosité particulière doit être obligé, même sans faute de sa part, à réparer le dommage résultant de la réalisation de ce risque paraît ainsi un fondement solide sur lequel bâtir un régime de responsabilité ». Nous soulignons.

³³³³ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, « La place de la responsabilité objective [...] », *op. cit.*, pp. 229-250.

catastrophique sans limitation des préjudices réparables³³³⁴. Dans ce contexte, supprimer la responsabilité du fait des choses était donc apparue de nature à créer « un vide juridique »³³³⁵, d'aucun ayant questionner l'opportunité et le danger « de se priver à l'avenir d'un tel remède contre l'imprévision du législateur »³³³⁶. Il est pourtant difficile d'adhérer à cette dernière opinion dans le cadre de notre propos. Présenter la responsabilité du fait des choses comme un garde-fou de l'avancée technologique montrerait un risque de redondance avec notre règle de responsabilité dont l'utilité est justement de saisir les risques nouveaux que la responsabilité du fait des choses est inapte à réceptionner, en témoigne son application peu convaincante à l'endroit du risque nucléaire de fusion, et ce indépendamment de l'ampleur éventuelle de sa réalisation³³³⁷. Au sein de ce débat, il est néanmoins permis de garder un élément qui est celui de George DURRY : celui selon lequel la responsabilité du fait des choses garderait son utilité en cas d'accident « singulier »³³³⁸. Pour cette seule raison, et en dépit du danger pour la réparation limitée que représente un concours conjoncturel entre la règle de responsabilité du fait des activités à risque et la responsabilité du fait des choses, notre proposition ne peut justifier que l'on mette à mal son existence. C'est cependant, pour cette raison, que l'on peut adhérer à la solution qui avait celle du projet TERRÉ.

747. La responsabilité du fait des choses au sein du projet TERRÉ. Sur bien des points, le projet de réforme de la responsabilité civile porté par François TERRÉ tranchait avec le projet CATALA. S'inscrivant dans une logique générale de recodification du droit de la responsabilité civile, l'aspect le plus original dudit projet a consisté en la réorganisation des faits générateurs de responsabilité³³³⁹. Aux fins de rendre « plus saillantes les arrêtes de notre droit »³³⁴⁰, les rédacteurs ont cherché une présentation de la responsabilité civile « qui distribuerait les cas de responsabilité selon un principe rationnel »³³⁴¹. Partant de l'idée selon laquelle le droit français se caractérisait initialement par une clause générale de responsabilité pour faute, les auteurs du projet ont donc considéré que la distinction la plus démonstrative de ce droit serait « celle qui oppose la forme générale du délit civil et les différents délits spéciaux »³³⁴². Dès lors, la responsabilité du fait des choses avait, parmi d'autres, été transférée dans une section spécifique relative aux « délits spéciaux »³³⁴³. Or, les éléments ayant

³³³⁴ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 1.

³³³⁵ Sénat, *Rapport par Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE*, *op. cit.*, p. 53 confortant ainsi le choix des rédacteurs du projet CATALA.

³³³⁶ Voy. ainsi ces mots de D. MAZEAUD, « Un principe général de responsabilité du fait des choses est-il réellement nécessaire ? Point de vue d'un privatiste », *op. cit.*, p. 118 joint par A. GUÉGAN-LÉCUYER, « La place de la responsabilité objective [...] », *op. cit.*, p. 210 et G. DURRY, « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses » in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, PUF, p. 715 On retiendra l'opinion de P. BRUN, qui par un incisif plaidoyer, répondait à la démonstration de J.-S. BORGHETTI : P. BRUN, « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *RTD. Civ.*, 2010, pp. 487-498.

³³³⁷ Voy. *supra* Introduction § 28.

³³³⁸ G. DURRY, « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses », *op. cit.*, p. 715 : « ce sont le vieux pont de bois qui se rompt sous le poids d'un promeneur imprudent ; le monument qui descelle sous une poussée anormale [...]. Pour tous ces dommages de la vie courante [...] la responsabilité générale du fait des choses demeure un instrument sans pareil au service des victimes » et comparez avec J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, p. 11 évoquant des événements anecdotiques.

³³³⁹ Voy. sur la notion et sur l'esprit général du projet P. REMY ; J.-S. BORGHETTI, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 61-85, sp. p. 64 ; P. REMY, « Réflexion préliminaires sur le chapitre Des délits », *op. cit.*, pp. 16-84, sp. p. 19-20.

³³⁴⁰ P. REMY ; J.-S. BORGHETTI, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », *op. cit.*, p. 67.

³³⁴¹ P. REMY ; J.-S. BORGHETTI, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », *op. cit.*, p. 71.

³³⁴² *Ibid.* et rapprochez avec la critique de C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Clauses générales ou délits spéciaux ? rapport français » in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-argentine*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 157-172.

³³⁴³ Une classification qui n'était donc pas sans rappeler celle du droit allemand ou encore du droit anglais s'inspire, de façon assumée, le projet : voy. P. REMY, « Réflexion préliminaires sur le chapitre Des délits », *op. cit.*, p. 17.

guidé ce choix n'étaient bien évidemment pas étrangers au propos nous occupant. Ils résultaient, en effet, du constat selon lequel les différentes règles existant à côté de la responsabilité pour faute correspondaient « à autant de cas particuliers, mais aussi typiques, où un dommage est susceptible de se produire, lésant certains intérêts typiques, et dans lesquels la loi estime juste de prévoir une obligation de réparer l'atteinte à ces intérêts »³³⁴⁴. C'est donc avec cette idée de rationaliser les préjudices réparables que le projet faisait côtoyer la règle de responsabilité du fait des installations classées avec la responsabilité du fait des choses, et que la portée de cette dernière s'était vue fortement limitée compte tenu de son utilité « douteuse »³³⁴⁵. Circonscrite et ne devant servir qu'à réparer les atteintes à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, elle n'était alors d'aucune concurrence pour la responsabilité du fait des installations classées qui présentaient une liste d'intérêts protégés plus importante³³⁴⁶. En resserrant le champ d'application de la responsabilité du fait des choses, les auteurs du projet entendaient donc renouer avec la *ratio legis* qui sous-entendait implicitement sa découverte tout en maintenant le « *filet de sécurité* » qu'elle constitue « en cas d'atteinte aux intérêts les plus fondamentaux de la personne [...] sans que les règles applicables aux rapports économiques s'en trouvent perturbés »³³⁴⁷. Ce même resserrement a d'ailleurs participé à entretenir notre doute exprimé *supra* quant à la possibilité que le juge ait pu faire œuvre d'une interprétation créatrice pour appliquer la responsabilité du fait des activités classées à certaines activités telles que les activités de fusion, et plus encore celles qui pourraient ne faire l'objet d'aucun classement³³⁴⁸. Alors qu'il avait été affirmé que le juge n'aurait pas été titulaire d'un pouvoir d'apprécier la dangerosité d'une activité³³⁴⁹, il aurait en sus été empêché d'opérer quelconque panachage des délits spéciaux³³⁵⁰. Alors certes, le projet n'a jamais abouti, et il aurait éventuellement été problématique vis-vis des activités de fusion. Il reste que la responsabilité du fait des choses y ayant trouvé une condition relative au dommage plus restrictive que la responsabilité du fait des activités à risque, le concours conjoncturel n'aurait pas emporté de difficulté majeure.

Somme toute, un droit des délits spéciaux constituerait certainement une partie de la solution à notre problème. La faute offrant la plus large protection, elle aurait été suivie par la règle de responsabilité du fait des activités à risque à l'égard de laquelle la responsabilité du fait des choses ne serait qu'un filet de sécurité. Face à une activité à risque, le juge serait ainsi empêché de chercher une responsabilité du fait des choses. Moins incité à renoncer à l'identification d'un risque anormal au profit de la victime

³³⁴⁴ J.-S. BORGHETTI « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 169.

³³⁴⁵ J.-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 173.

³³⁴⁶ Par comparaison, la règle de l'article 23 relatif à la responsabilité du fait des installations classées visait la réparation des atteintes à l'intégrité physique ou psychique des personnes et les atteintes aux biens causés par la réalisation du risque ayant justifié le classement.

³³⁴⁷ J.-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 173.

³³⁴⁸ Voy. *supra* Section 1, § 2.

³³⁴⁹ J.-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 177.

³³⁵⁰ Dans le cadre du projet, les délits spéciaux obéissaient à la règle du non-cumul. Telle était la conséquence de la croyance des rédacteurs en l'idée selon laquelle chaque régime spécial obéirait à une *ratio legis* lui étant propre, « conçu pour s'appliquer à des hypothèses particulières et en même temps typiques ». En d'autres termes, les régimes spéciaux n'auraient pas été considérés comme autant d'instruments interchangeable, au risque d'anéantir l'effort de différenciation qui aurait été opéré par le projet. Cependant, l'interdiction du principe de non-cumul ne signifiait pour autant pas l'interdiction du principe de non-option. Ainsi, lorsque l'application de plusieurs délits spéciaux se seraient avérés envisageables, le demandeur aurait été libre d'invoquer celui qui lui était le plus favorable. Il aurait même pu en invoquer plusieurs simultanément. Simplement le juge n'aurait pu lui accorder réparation que sur le fondement d'un seul d'entre eux, sans cumuler ou panacher les règles propres à plusieurs délits.

« moins atteinte », la règle de responsabilité du fait des activités à risque présenterait moins de risque d'être mise de côté au prix d'une interprétation négatrice. Il faut cependant admettre qu'une telle recodification ne saurait être l'objet de notre thèse. Plus encore, elle ne saurait suffire.

Bien que nous ayons pu souligner l'importance de ne pas exclure la responsabilité pour faute au sein de notre proposition compte tenu de sa position dans le droit de la responsabilité civile, la reconnaissance d'une faute imputable à l'exploitant (fut-elle rapportée) pourrait mettre en péril la réparation des dommages dont la réparation apparaît la plus impérieuse dans le cas d'événements catastrophiques (éventuels). Il y a donc là un choix difficile à opérer entre protection des victimes et respect de l'institution dans sa plus profonde vocation. Pour résoudre ces difficultés, il serait alors deux solutions. La première reviendrait à renoncer à une règle de droit commun. La seconde serait de prôner pour la raisonnable dans la détermination des préjudices réparables pour l'ensemble du droit de la responsabilité. Or ni l'une ni l'autre de ces solutions ne peut être entreprise ici. La première nous ferait renoncer à l'ambition de notre étude. La seconde imposerait d'en dépasser le cadre. Pour cela, il nous est certainement autorisé de repenser à l'intérêt que peuvent représenter certains régimes spéciaux de la règle de responsabilité du fait des activités à risque. Le temps n'est cependant pas encore venu de tirer les conclusions sur ce point car il est un dernier élément qui doit être rapidement envisagé : celui de la responsabilité administrative et de la relation qu'elle pourrait entretenir avec la règle de responsabilité.

2. L'articulation de la règle avec la responsabilité administrative

748. L'existence externe de concours de normes. S'il devait être un dernier argument susceptible de mettre en exergue la difficulté relative à une limitation des préjudices réparables au sein de la règle de responsabilité, il pourrait être celui susceptible de résulter des difficultés d'articulation entre la règle de responsabilité et la responsabilité administrative. Les situations de concours conjoncturels ne sont en effet pas limitées à la sphère du droit civil. Du point de vue du droit administratif, il arrive également que le fait dommageable résulte de la conjonction de l'action d'une personne publique et de celle d'une personne privée. On le sait bien désormais, il en irait ainsi si une carence fautive de l'administration devait contribuer à la réalisation d'un risque caractérisant une activité exploitée par une personne privée, voire si le défaut d'action de l'administration devait avoir participé à aggraver les conséquences de la réalisation d'un risque³³⁵¹. Dans ce contexte, tant en raison de l'existence d'une faute qu'en raison d'une application non possible et non souhaitable d'un quelconque principe de canalisation appliqué à l'exploitant³³⁵², il est alors possible que les victimes n'ayant pas obtenu réparation financière sur le fondement de la règle de responsabilité du fait des activités à risque cherchent à obtenir cette réparation en se tournant vers la responsabilité de l'État. À cette première difficulté, s'ajoute ensuite l'étroite relation mise en évidence dans l'introduction de notre propos entre

³³⁵¹ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1.

³³⁵² Outre le fait qu'il ne soit certainement pas souhaitable d'éluder la faute de l'administration, il appert que la forme que nous conférerons au principe de canalisation dans le cadre de la règle de responsabilité rendrait difficile, par son assise théorique, de l'appliquer au cas de la puissance publique : voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2.

la poursuite de certaines activités à risque, comme les activités de fusion nucléaire, avec le régime des ouvrages publics dont la concurrence avec la règle de responsabilité pourrait s'avérer prégnante en raison du caractère « attractif » du premier³³⁵³.

749. L'existence de concours externes autrement problématique. Cela étant admis, ces difficultés, eu égard à l'objet de notre propos doivent être relativisées chacune à leur niveau. Une fois que l'on a admis, comme vu *supra*, que la responsabilité de l'État du fait des activités à risque devait être cantonnée à l'existence d'une faute « véritable » imputable à la puissance publique, le respect du principe de réparation intégrale et la réparation de tous les préjudices causés ne peut faire l'objet de peu d'objections. Bien évidemment, on pourrait y transposer ici l'idée d'une raisonnable de la réparation applicable à l'ensemble de l'institution. En effet, même si la littérature juridique paraît moins encline à condamner la position du juge administratif pour ce qui concerne la prolifération des préjudices réparables³³⁵⁴, la question n'en demeure pas moins prégnante si l'on considère de nouveau le coût que peut représenter pour la communauté le poids de la réparation d'évènements fortement dommageables. Pour autant, cette étude n'est pas lieu d'une telle réflexion. De surcroît, la question de l'articulation entre la responsabilité de l'exploitant et celle de l'administration fautive soulève, en réalité, des problématiques situées à un autre niveau. Dans le domaine de la responsabilité civile, et sans préjuger ni des explications ni des modalités d'une quelconque canalisation de la responsabilité sur l'exploitant de l'activité à risque, le fait que la réalisation du risque ou la survenance du dommage trouve une cause dans la faute d'un tiers, devrait par principe convoquer une condamnation *in solidum* des responsables. Dans le domaine de la responsabilité administrative, le juge administratif se refuse généralement à reconnaître une quelconque solidarité entre la personne privée et l'administration, notamment pour éviter que « les personnes publiques ne se retrouvent, pour des raisons de solvabilité et de simplicité, mises en cause prioritairement et ne se transforment en assureurs universels »³³⁵⁵. Saisi d'une action visant à obtenir réparation des dommages causés par la faute de l'administration, le juge administratif se trouve ainsi tenu d'évaluer la mesure dans laquelle l'État aurait participé à la survenance d'un dommage susceptible d'être également imputé à l'exploitant ou autre personne privée. Il en résulte que l'articulation entre responsabilité civile et responsabilité administrative, si elle est délicate à organiser, n'est pas exclusive d'une mise en danger de la règle de responsabilité du fait des activités à risque et s'opposerait autant aux victimes susceptibles d'obtenir réparation sur le

³³⁵³ Voy. *supra* Introduction § 27.

³³⁵⁴ Il y certainement là certainement l'effet d'une responsabilité administrative *même sans faute* dont l'application est souvent limitée à la réparation de certains dommages spécifiques. Ainsi dans le cadre de la responsabilité fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, la réparation est limitée aux préjudices spéciaux et anormaux. Néanmoins, il faut également relever cette idée relativement entretenue selon laquelle le juge administratif serait plus cartésien que le juge civil. On pourra d'ailleurs rappeler à cet effet qu'il ne devait avoir reconnu la possibilité de réparer le *pretium doloris* qu'en 1961 dans un arrêt *Letisserand*, soit près d'un siècle après le juge judiciaire. On pourra également rappeler que le préjudice écologique ne fut reconnu devant la jurisprudence administrative pour la première fois que dans l'arrêt rendu par le Tribunal administratif de Paris le 3 février 2021 dans le cadre *l'Affaire du siècle*. De plus, il est généralement admis que celui-ci est également moins généreux que son homologue dans l'indemnisation des préjudices. Voy. sur ce point H. BELRHALL, A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « Trop ou trop peu de responsabilité ? Deux voies critiques deux voies », *op. cit.* ; C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français*, *op. cit.* ; S. PORCHY-SIMON et autres, *Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux*, Mission de recherche Droit et Justice, 2016, 324 p. ou encore N. ALBERT-MORETTI, F. LEDUC, O. SABARD, *Droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, sp. p. 264. Voy. également notant toutefois le rapprochement entre la position du juge administratif et le juge civil : N. ALBERT-MORETTI, F. LEDUC, O. SABARD, *Droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, sp. pp. 101 et ss.

³³⁵⁵ J. LESSI, « concl. sur CE, 9 novembre 2016, *Médiateur*, n°393108, 393902, 393904, 393926 » disponible sur arianeweb.

fondement de la règle de responsabilité que celles dont le préjudice ne serait pas réparable sur ce même fondement. Pour cela, cette question n'appelle ici pas plus de développements.

Pour ce qui concerne le cas des ouvrages publics, le problème s'avère toutefois différent. Il est certain que le caractère attractif de ce dernier pourrait mettre en danger la rationalisation proposée par la règle de responsabilité. Néanmoins, le problème qu'il suscite à l'endroit de la règle de responsabilité du fait des activités à risque dépasse cet enjeu. Parce que sa mise en jeu pourrait conduire à un traitement disparate des victimes d'activités à risque, et notamment des victimes du risque nucléaire de fusion, son étude dépasse le cadre du présent propos. Elle contribuera à justifier ultérieurement la proposition d'une application de la règle de la responsabilité aux activités à risque exploitée par une personne publique, ou pour son compte³³⁵⁶.

750. Conclusion du § et de la Section. Alors que de manière générale, l'idéologie de la réparation et la compréhension large du principe de réparation intégrale interrogent sur les limites de la responsabilité face aux impératifs budgétaires ou à l'exigence d'un rétablissement de l'équilibre sociétal entre les victimes et les responsables, les activités à risque exacerbent ces questionnements. Au sein des limites à apporter à l'idéologie de la réparation, la question est cependant apparue particulièrement prégnante vis-à-vis des victimes que visent, sinon à protéger, à tout le moins à dédommager, la règle de responsabilité en premier lieu. Pour respecter le besoin impérieux de réparation des victimes les plus gravement atteintes et à l'égard desquelles certains risques, tel le risque radioactif, empêche tout traitement prioritaire, il a donc été proposé d'opérer une rationalisation de la réparation (indemnitaire). Suivant une idée non exclusive de notre objet d'étude, et en même temps au cœur du régime de responsabilité civile nucléaire et de bien des propositions de réforme, c'est en exploitant la distinction entre le dommage et le préjudice que nous avons proposé, d'une part, de limiter les préjudices réparables par application de la règle de responsabilité, et d'autre part, de limiter l'appréhension des dommages dont ces préjudices résulteraient. La réflexion portée sur la seconde proposition n'est pas vaine. Elle a permis d'identifier le fait générateur de la règle de responsabilité recherchée : la réalisation du risque anormal caractérisant une activité. La première proposition suscite, en revanche, bien plus de difficultés. Séduisante en théorie, l'étude de sa mise en œuvre a montré ses limites, au-delà des efforts procéduraux qu'elle aurait appelés pour permettre aux victimes « délaissées » d'obtenir une satisfaction sur le terrain de la réparation morale. En effet, les difficultés sont apparues lorsque sortant la règle de son isolement, nous avons été contraints d'envisager les conséquences de son concours conjoncturel avec les autres règles du droit de la responsabilité civile. C'est là que nous n'avons été forcés de constater que notre proposition ne serait réalisable qu'à la condition qu'une réforme du droit de la responsabilité soit entreprise dans son ensemble, c'est à dire au-delà de la seule consécration d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable aux activités de fusion. Sur un point, cependant, l'étude de l'articulation de la règle de responsabilité avec les autres règles de responsabilité a été d'un apport non négligeable. Elle a, en effet, montré les conditions de son articulation avec les régimes spéciaux de responsabilité, dont notre

³³⁵⁶ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 1, Section 2.

propos n'a pas autorisé à remettre en cause la pertinence. Bien que le chemin emprunté ait été différent, il n'a pas échappé au lecteur la proximité de certaines solutions auxquelles nous sommes parvenues avec le régime de responsabilité civile nucléaire. Cette n'étude n'a ainsi pu que confirmer la place à accorder à ces régimes spéciaux au sein du droit de la responsabilité civile.

751. Conclusion du Chapitre. Sur ce point, la conclusion de cette seconde *Section* rejoint donc celle formulée au terme de la première. Par le prisme de l'assurance obligatoire, les premières difficultés suscitées par l'établissement d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque étaient déjà dessinées. Alors que dans le Chapitre précédent, nous avons constaté que l'assurance constituait un élément intéressant la règle de responsabilité par l'influence opérée sur ses fonctions, nous avons également été forcés d'admettre qu'elle peut cesser de l'être lorsqu'elle est rendue obligatoire en raison de son influence sur la construction de la règle de responsabilité. Cette difficulté, participant à marquer le gap entre le « voulu » et le « possible », entre les exigences s'opposant à l'État appelé par le droit international à organiser la réparation de certains dommages et le « coût » du respect de ces exigences lorsque vient le moment de transposer ces modalités, n'est, in fine, qu'une autre contrainte que suscite l'institution d'une règle d'application générale et un révélateur de ces limites. Tel est le constat qu'il conviendra de retirer de ce premier Titre.

Conclusion du Titre I

C'est avec les mots de Geneviève Viney que nous avons introduit ce *Titre* :

« [s'] ils veulent répondre aux attentes de justice des citoyens, les juristes doivent s'efforcer d'imaginer les règles et les institutions susceptibles de faire face aux besoins nouveaux que fait apparaître l'évolution de la société »³³⁵⁷.

Au moment de conclure ce dernier, le choix du terme « s'efforcer » prend tout son sens.

Entamer la réflexion sur une règle de responsabilité apte à réceptionner la réalisation dommageable de nouveaux risques à l'instar du risque nucléaire de fusion, par le prisme des apports qu'elle peut fournir mais également des contraintes qu'elle peut engendrer, devait permettre d'en dégager les points saillants. Sur ce point, la recherche n'a certainement pas été vaine car le nombre et la diversité des questions que soulève l'institution d'une telle règle permet assurément d'en afficher la pertinence. Tant l'étude de la fonction préventive de la règle de responsabilité que l'étude de sa fonction réparatrice ont effectivement permis d'affirmer les avantages de laisser la responsabilité occuper le terrain du risque technologique, et les inconvénients de l'abandonner aux mécanismes d'indemnisation. En raison de la souplesse dont elle sera dotée, condition *sine qua non* de la réalisation de sa mission, la règle de responsabilité pourra, en effet, constituer un outil participant tant à la prévention des risques technologiques qu'à une véritable réparation des victimes de la réalisation de ceux-ci. Par-delà cet enrichissement, c'est également l'apport qu'elle représenterait pour le droit administratif que pour le droit international public qui a été mis en exergue. Ce constat ne paraît pas pouvoir souffrir de discussion, au-delà, cependant, de ses faiblesses.

Si le mot « s'efforcer » doit en effet apparaître comme étant un terme particulièrement approprié, c'est qu'en dépit des apports de la règle de responsabilité, les obstacles se dressent nombreux. Chaque avantage gagné dévoile ainsi une contrepartie susceptible d'annihiler les efforts entrepris. Quand le caractère *même sans faute* d'une règle de responsabilité au champ d'application évolutif suppose une forte dimension préventive et réparatrice, la condition de solvabilité l'accompagnant, marquant l'entrée sur la scène de l'assurance, présente le risque d'en réduire la portée. La solution s'imposant alors de renoncer à toute obligation d'assurance pour préserver la souplesse de la règle de responsabilité, il en résulte alors que la réparation pourrait s'en trouver affectée. Enfin, quand la prise en considération de certains impératifs permettant de favoriser l'assurabilité du risque, de garantir la compensation financière des victimes les plus durement atteintes et de conserver l'équilibre de la règle de responsabilité, ouvre la voie à une rationalisation de la réparation, la structure du droit de la responsabilité apparaît comme l'obstacle final. Ainsi, si les juristes doivent « s'efforcer d'imaginer les règles et les institutions susceptibles de faire face aux besoins nouveaux que fait apparaître l'évolution de la société »³³⁵⁸, c'est, effectivement, qu'en dépit de tous les efforts en ce sens, ces règles et ces

³³⁵⁷ G. VINEY, « L'avenir des régimes d'indemnisation sans égard à la responsabilité », *op. cit.*, p. 288.

³³⁵⁸ *Ibid.*

institutions ne sont toujours que le résultat d'un compromis entre des solutions profondément antinomiques. C'est donc cet esprit de compromis que se proposera de traduire la règle de responsabilité du fait des activités à risque.

Le constat au fondement de notre étude était celui d'un droit confinant au « byzantinisme »³³⁵⁹ et « distinguant des situations là où l'on attendrait l'unité, au mépris de la cohérence et au détriment de l'intérêt des victimes »³³⁶⁰ que l'hypothèse d'une exploitation future de la fusion nucléaire n'avait pas permis d'infirmer. Avec cette intime conviction qu'une règle de responsabilité *même sans faute* pouvait faire œuvre dans ce domaine au prix de quelques explications, adaptations, rénovations et concessions, nous étions conscients que le chemin de la démonstration serait semé d'embûches. Quelles que soient les adaptations que devait appeler le droit de la responsabilité civile, nous savions néanmoins que la mise en place d'une règle uniforme poserait la question de savoir si l'uniformité constituerait une réponse appropriée, quand « l'atomisation » du droit de la responsabilité est apparue comme la « conséquence naturelle du particularisme technologique »³³⁶¹.

Aux termes de cette étude, il est une certitude : ni l'état des connaissances scientifiques ni la complexité des structures économiques ne peuvent être ignorés dans la mise au point de règles déterminant l'incidence des dommages causés dans l'exercice des différentes activités formant le tissu de la vie sociale. Qu'il s'agisse de la fonction préventive ou de fonction réparatrice de la règle de responsabilité, aucune de nos propositions ne s'est conclue avec la certitude d'un traitement uniforme des activités à risque pour le futur. À travers le prisme de l'assurabilité ou de l'utilité sociale, des solutions différenciées ont été envisagées à chaque étape de notre raisonnement. Ainsi, nous avons envisagé la possibilité que certaines activités à risque puissent être couvertes par la règle, tout en étant parallèlement obligées à l'assurance. Mais nous avons également constaté que tant l'assurabilité que l'utilité sociale d'autres activités pouvaient justifier que soient envisagées des limitations telles que ces activités sortiraient du champ d'application de la règle. À tous ces endroits, le régime de responsabilité civile nucléaire a d'ailleurs constitué un exemple prégnant. Or, cette différenciation qu'appelle le traitement des activités à risque constitue le premier enseignement sur la règle de responsabilité dont la formulation suivra cette conclusion. Parce qu'il est des situations où le bénéfice d'un régime spécial « sur-mesure » se justifie, la règle ne pourra avoir pour vocation de supplanter les législations existantes. Elle ne pourra pas plus avoir pour vocation de faire obstacle à toute différenciation future. Elle constituera simplement une règle « prête à appliquer » destinée non pas à s'imposer lorsqu'une des « conditions [de réalisation] nécessaires à la mise en œuvre des textes spéciaux f[era]it défaut »³³⁶² mais à se substituer « aux solutions de fortune utilisées jusqu'ici par les tribunaux pour pallier les carences les plus criardes en matière de responsabilité pour risque »³³⁶³. Elle

³³⁵⁹ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 89.

³³⁶⁰ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 446.

³³⁶¹ P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, Paris, LGDJ, 1974, p. 252.

³³⁶² L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 381.

³³⁶³ T. BÉGUIN et J.-M. REBER, « Document rendu au nom du Conseil d'État dans le cadre de la consultation sur la « Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile », Neuchâtel, 25 avril 2001, p. 3 et voy. E. MATRINGE, *La réforme de la responsabilité en droit suisse : un modèle pour le droit français ?* op. cit., pp. 109 et ss.

permettra l'organisation des dommages causés par la poursuite d'activités qui, à l'instar des activités de fusion, n'auront pas fait l'objet d'un régime spécial, et aussi longtemps que ces risques ne justifient pas l'instauration d'une réglementation superfétatoire. Pour reprendre la dénomination des juristes suisses et allemands, elle ne sera ainsi qu'une « Petite solution »³³⁶⁴.

³³⁶⁴ Voy. P. WIDMER, P. WISSMER, *Révision et unification de la responsabilité civile, rapport explicatif, op. cit.*, pp. 138-139.

Titre II

La formulation de la règle de responsabilité

« Comme cela a été indiqué plus haut, la clause générale de la responsabilité pour risque doit servir avant tout à appréhender des activités et des situations comportant un risque qualifié et caractéristique mais qui ne sont justement pas (ou pas encore) couvertes par la législation spéciale. Celle-ci ne sera en effet jamais à même de s'adapter à l'évolution scientifique et technique avec une rapidité suffisante pour éviter des clivages juridiques injustifiés et injustes, ou le recours à des constructions inappropriées et nuisibles à la cohérence du système »³³⁶⁵.

752. Les enjeux de la règle de responsabilité. Il a été affirmé que l'évolution générale des faits générateurs de responsabilité civile de droit commun pouvait permettre de se rendre compte de la faculté de celle-ci à intégrer de nouvelles problématiques par une « généralité qui tend à les faire apparaître comme extrêmement perméables, réceptifs à des principes nouveaux de solution et extensibles à des situations inédites »³³⁶⁶. Leur plasticité, autorisant une virtualité d'application, a certainement constitué un gage de leur pérennité et de leur capacité à « protéger les victimes de quelques dommages que ce soit, y compris les plus inédits, suscités par les développements techniques, en attendant une éventuelle intervention législative »³³⁶⁷. Cette dernière précision de Philippe LE TOURNEAU peut laisser croire que la tentative du droit commun pour intégrer « les bouleversements issus du développement industriel et technologique, des modes de décisions complexifiés, de la production et de la distribution de masse »³³⁶⁸ a été vaine. C'est un constat qu'il faut relativiser. Quoiqu'on ait pu relever l'insuffisance *de lege lata* du droit commun de la responsabilité civile à réceptionner les dommages causés par les activités de fusion nucléaire et, par derrière-elles, les activités à risque, on ne peut dénier aux rédacteurs du Code leur effort de systématisation. D'une part, dans un éclair de lucidité plus que dans « un aveu d'impuissance »³³⁶⁹, ces derniers avaient bien compris « que tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre »³³⁷⁰ et que « la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées »³³⁷¹. D'autre part, le constat n'est pas plus satisfaisant à l'endroit de l'effort de sectorisation entrepris comme « condition juridique » de l'adaptation de la responsabilité civile à la perspective des nouveaux risques³³⁷². Certes, on reconnaît la pertinence de certains régimes spéciaux de responsabilité, à l'instar du régime de responsabilité civile nucléaire. De surcroît, si nous ambitionnons de faire de la problématique soulevée

³³⁶⁵ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, p. 144.

³³⁶⁶ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile, op. cit.*, p. 289.

³³⁶⁷ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, p. 47.

³³⁶⁸ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile, op. cit.*, p. 289.

³³⁶⁹ L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, op. cit.*, p. 6.

³³⁷⁰ PORTALIS, TRONCHET, BIGOT-PRÉAMENEU, MALEVILLE, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil » in *Motif et discours prononcé lors de la publication du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunal*, T.1, Paris, Firmin et Didot Frères, 1850, p. 3

³³⁷¹ PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », *op. cit.*, p. 6.

³³⁷² A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile, op. cit.*, p. 333.

par le développement de la fusion nucléaire le *leitmotiv* d'une approche holistique du traitement des dommages causés par la poursuite d'activités à risque en droit français, le propos précédent a participé à montrer que la généralité rencontre des limites dans ce domaine et que la sectorisation peut effectivement constituer une « condition juridique » de l'adaptation du droit à la potentialité dommageable de certains risques. Nonobstant, il subsiste cet état de fait qu'on ne saurait faire dépendre le sort des victimes des risques technologiques « en réserve »³³⁷³ de l'intervention du législateur, et qu'en toute hypothèse, une règle d'application générale, même si elle n'est qu'une « petite solution »³³⁷⁴ s'impose dans le droit français.

753. Les enjeux de la formulation de la règle de responsabilité. Cela étant rappelé, il faut admettre que la démarche n'est pas aisée. Il est, en effet, une chose que de défendre le principe d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque, il en est une autre que d'en proposer une formulation. Sur le plan théorique, il existe, en effet,

« une différence majeure entre une approche au cas par cas de la responsabilité du fait des activités anormalement dangereuses, qui s'appuie presque toujours sur des régimes spéciaux d'origines législatives et ne concerne que des risques anciens et bien circonscrits, et une approche générale, qui doit saisir les risques nouveaux, bien avant que le législateur, éventuellement, ne réagisse »³³⁷⁵.

Ainsi, bien que certains traits saillants de la règle de responsabilité recherchée aient pu transparaître de la réflexion jusqu'alors conduite, il reste encore du chemin à parcourir. Comme le souligne Jean-Sébastien BORGHETTI, « chaque mot compte, en effet, dans une telle disposition » et « la manière dont est défini le risque couvert est essentiel »³³⁷⁶. Mais, outre la « question essentielle »³³⁷⁷ de la détermination de l'activité à risque, la règle de responsabilité doit également pouvoir fournir une explication à la question de savoir pourquoi certains exploitants seront tenus de réparer les dommages occasionnés par leur activité (et parfois non). Statuant sur la question du fait générateur et sur l'imputation de ce dernier à une personne ainsi désignée responsable, la détermination de ces éléments est la clef de l'efficacité d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque applicable au risque nucléaire de fusion. Plus encore, cette seule formulation peut ne pas suffire. En effet, cette tâche étant achevée, d'aucuns pourraient encore douter de l'efficacité de la règle tant la responsabilité doit parfois supporter des reproches dont la généralité « ne distingue pas les défauts qui lui sont véritablement imputables de ceux qui ressortent davantage d'autres règles qui lui sont étrangères »³³⁷⁸. L'étude précédente a ainsi montré que des défauts, qui lui sont d'apparence imputables, ressortent en réalité des mécanismes autorisant la mise en œuvre de la responsabilité. Pour cela, les rédacteurs du régime de responsabilité civile nucléaire, comme ceux de bien d'autres régimes spéciaux, ne se sont d'ailleurs pas limités à édicter une règle de responsabilité *stricto sensu*. La spécificité du risque qu'ils avaient à saisir suscitait des questionnements procéduraux qu'ils ne pouvaient ignorer, sauf à faire de

³³⁷³ M. WATHELET, « Les préoccupations de l'homme politique » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 7.

³³⁷⁴ Voy. *supra* conclusion du Titre précédent.

³³⁷⁵ J-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses et/ou du fait des activités dangereuses, Synthèse comparative » in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité confronté aux projets européens d'harmonisation*, op. cit., pp. 286-287.

³³⁷⁶ *Ibid.*, p. 287.

³³⁷⁷ *Ibid.*

³³⁷⁸ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 280.

la responsabilité de l'exploitant nucléaire une coquille vide. Parce qu'il n'est pas question de laisser les incertitudes entourant l'application de la règle de responsabilité la porter en défaveur, et priver ainsi les victimes futures et potentielles du risque nucléaire de fusion d'un traitement adéquat, le propos ne peut exempter d'apporter une réflexion sur les règles autorisant cette dite application. Certes extrinsèques à la règle de responsabilité *stricto sensu*, ces règles sont autant d'éléments, qui, participant à son efficacité, doivent être intégrés dans l'exposé de sa formulation comme partie intégrante de « l'institution de la responsabilité » en tant que « processus qui conduit du fait dommageable à l'application de la sanction »³³⁷⁹.

754. Plan. Cette dichotomie entre les éléments intrinsèques et les éléments extrinsèques à la règle de responsabilité commande le plan de ce *Titre*. Dans un premier temps, l'étude focalisée sur la règle de responsabilité *stricto sensu*, c'est-à-dire le fait générateur et le lien d'imputation, permettra d'en délimiter les contours tout en achevant d'y apporter une justification (*Chapitre 1*). L'étude, dans un second temps, des éléments gravitant autour de cette règle de responsabilité, mais lui étant intimement liés, permettra d'envisager les conditions idéales de sa mise en œuvre et de la réalisation de ses fonctions (*Chapitre 2*)

³³⁷⁹ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., p. 3.

CHAPITRE 1

LA FORMULATION *STRICTO SENSU* DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ

755. Du fondement de la responsabilité. Le fondement de la responsabilité, parce qu'il permet de répondre à la question *pourquoi est-on responsable ?*, est loin de trouver une appréhension évidente. Une fois la règle de responsabilité établie, la réponse est simple : elle est dans l'application de la règle qui oblige une personne à réparer un préjudice parce que le lien qu'elle entretient avec le fait en étant à l'origine l'a désigné comme débitrice de cette obligation. La tâche est néanmoins plus ardue lorsque vient le moment de fixer le contenu de ladite règle et d'expliquer ainsi la raison pour laquelle cette dernière va désigner une personne (*id.* l'exploitant d'une activité à risque, tel que l'exploitant d'une installation de fusion) comme responsable des dommages résultant de la survenance d'un événement particulier (*id.* la réalisation d'un risque, tel que le risque nucléaire de fusion). Certainement, comme le souligne François GÉNY, aucune règle de responsabilité n'est véritablement naturelle. Utile, la solution obéit toujours à une certaine équité au regard du contexte historique et social³³⁸⁰. De toute évidence, c'est là un constat qu'on ne peut dénier dès lors que la formulation de la règle de responsabilité est supposée répondre aux fonctions que nous lui avons recherchées et satisfaire le problème situé au fondement de notre étude : l'organisation de la réparation des dommages susceptibles d'être causés par l'utilisation future de l'énergie nucléaire de fusion. À ce stade, sa formulation suppose néanmoins que, sinon que soient apportées de nouvelles précisions, à tout le moins que soient préalablement rappelées certaines exigences.

756. Des exigences relatives au lien d'imputation personnel. Lorsque se réalisent des risques particuliers et qu'ils causent des dommages, l'une des questions les plus essentielles est celle de savoir à qui en imputer la responsabilité. Constituant le « critère » de la responsabilité³³⁸¹, il est ainsi opportun de rappeler la différence existant entre la responsabilité fondée sur la faute, exclusivement rattachée au comportement d'une personne, et la responsabilité *même sans faute*, considérée comme rattachée à un état de fait objectif tel qu'un état de risque³³⁸². Dans ce dernier cas, le comportement d'un individu n'est pas toujours le dernier maillon de l'enchaînement causal par lequel le risque s'est réalisé. S'il peut être une *causa remota* ou fait technique à l'origine du dommage, il n'en est pas le fait générateur comme interface temporelle entre ce fait technique et le dommage, et cause génératrice pertinente en droit³³⁸³. Le fait générateur ne portant pas en lui-même la désignation du sujet de l'imputation, l'histoire a déjà été contée selon laquelle la survenance de certains dommages a commandé de rechercher un responsable « à sacrifier »³³⁸⁴. Partant, l'explication qui doit accompagner le lien d'imputation personnel apparaît d'une importance fondamentale. Elle doit permettre de surmonter les faiblesses identifiées des régimes de responsabilité *même sans faute* fondée sur la théorie

³³⁸⁰ F. GÉNY, « Risque et responsabilité », *RTD Civ.*, 1902, p. 817.

³³⁸¹ Voy. P. JOURDAIN, « Le critère de la responsabilité », *op. cit.*

³³⁸² Voy. P. WIDMER, « La responsabilité pour chose et activité dangereuses dans les projets européens », *op. cit.*, p. 262

³³⁸³ Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 505.

³³⁸⁴ L. JOSSERAND, « La responsabilité envers soi-même », *DH*, 1934, chron. 74.

du risque dont la plupart s'accordent à considérer le caractère « descriptif »³³⁸⁵ qui s'affranchit de cette condition déjà évoquée³³⁸⁶ selon laquelle la responsabilité doit incomber à celui qui avait le pouvoir, « fut-il abstrait », d'empêcher la survenance de l'évènement dommageable³³⁸⁷ et qui emporte sa responsabilité « au bénéfice du doute »³³⁸⁸. Dans notre cas précis, elle doit surtout expliquer les justifications et les limites du lien « causal »³³⁸⁹ existant entre le comportement de l'exploitant responsable et la réalisation d'un risque pouvant trouver sa cause dans le fait d'un tiers ou dans la seule nature dudit risque incompressible, que peut constituer le risque nucléaire de fusion³³⁹⁰. C'est à celle seule condition que pourront être réalisées les fonctions attribuées à la règle de responsabilité, que pourront être matérialisés ses apports et surmontées ses contraintes. Cela dit, l'établissement de la règle ne peut pas se limiter à cette seule donnée. Alors que peu à peu la profession, le résultat envisagé ou le profit, sont devenus des critères de désignation de la personne responsable, il est dans le même temps apparu de plus en plus difficile d'identifier la cause de la responsabilité. Si des écueils apparaissent à l'endroit de la justification du lien d'imputation personnel, c'est que le caractère somme toute artificiel de ces responsabilités surgit également à l'endroit du fait générateur, et notamment de son illicéité dans laquelle d'aucuns identifient l'autre critère pertinent de la responsabilité³³⁹¹.

757. Des exigences entourant la détermination du fait générateur. Si le choix de la personne sur laquelle la responsabilité est portée « révèle un régime de responsabilité »³³⁹², toute responsabilité suppose encore un fait dommageable. Or tout fait ayant entraîné un dommage n'ouvre pas un droit à réparation pour les victimes. Raisonner ainsi revient à oublier que dans la logique de l'institution, l'obligation de réparer n'existe et n'est légitime qu'autant que le dommage prend sa source dans un fait considéré comme illicite, défectueux ou anormal³³⁹³. Cette exigence de bon sens, si elle paraît évidente en matière de responsabilité pour faute, est souvent perdue de vue dans le cadre des responsabilités *même sans faute*³³⁹⁴. Toutefois, l'étude menée au *Chapitre* précédent nous a rappelé à l'existence de cette exigence. Afin que soit respecté l'équilibre commandé par toute responsabilité et indispensable au respect du principe même de la société, il est apparu nécessaire que soient posées des bornes à l'obligation de réparer et qu'il soit ainsi délimité un « espace de liberté, au sein duquel les justiciables pourraient agir sans risquer d'engager leur responsabilité »³³⁹⁵. Pour certains, ce critère

³³⁸⁵ L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 106.

³³⁸⁶ Voy. *supra* Titre I, Introduction.

³³⁸⁷ Voy. P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 105 ; P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 84 ; P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2020, p. 30 ; L. BLOCH, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, thèse, Bordeaux, 2003, p. 275 ou encore F. COLONNA D'ISTRIA, *Temps et concept en droit des obligations : essai d'analyse méthodologique*, thèse, Aix-Marseille, 2009, n° 49 relevant que le responsable, dans tous les régimes de responsabilité, est bien souvent celui qui peut « idéalement » éviter le dommage.

³³⁸⁸ L. BLOCH, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 275.

³³⁸⁹ Sur l'aspect causal du lien d'imputation, voy. *infra* Section 2.

³³⁹⁰ En effet, si d'aucuns considèrent que la poursuite d'une activité anormalement dangereuse pouvait justifier une responsabilité fondée sur le risque, cela ne saurait justifier l'étendue de la responsabilité de l'exploitant dans notre cas : voy. J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Les obligations. Le fait juridique*, *op. cit.*, p. 88 et rapprochez P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 105, note 98.

³³⁹¹ Voy. pour exemple L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse, Université de Savoie, 2006, n°244 et ss.

³³⁹² F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », *RLDC*, vol. 40, 2007, supp. 2631.

³³⁹³ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 197.

³³⁹⁴ *Ibid* : « nul ne songer ait à voir dans le fait personnel non fautif une source admissible de responsabilité ».

³³⁹⁵ J. S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, p. 2, § 6 et dans le même sens C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, p. 52 pour qui admettre, la responsabilité pour fait licite reviendrait à « avouer la faillite même du principe même de la société ».

apparaît trop restrictif. Il le serait particulièrement dans le cadre des activités à risque, telles les activités de fusion nucléaire, dont la licéité de l'activité ne fait pas obstacle à la réparation³³⁹⁶. Pourtant, toute exigence « d'illicéité » n'est pas gommée de ces hypothèses parce qu'elle se retrouve dans un fait anormal, dans un dommage anormalement causé, plus précisément dans ce que nous avons déjà identifié comme un *risque anormal caractérisant une activité*³³⁹⁷. Sur ce point, et en écho aux mots de Jean-Sébastien BORGHETTI retranscrits quelques pages ci-devant, la difficulté « essentielle » est donc d'identifier ce risque anormal. L'enjeu sera de lui conférer une définition à la fois suffisamment perméable et circonscrite pour que, sans chevaucher les règles de droit commun existantes, la règle puisse combler les lacunes *de lege ferenda* actuelles ou à venir et favoriser le sort des victimes futures et potentielles de la fusion nucléaire, mais également celui des victimes de ces risques technologiques à l'égard desquels le droit *de lege lata* révèle (ou révélera) ses insuffisances.

758. Plan. Sur la base de l'ensemble de ces considérations, il s'agira d'appréhender le fait générateur de la règle de responsabilité comme *la réalisation du risque anormal présenté par une activité*. Cette détermination présente en effet l'avantage de concilier cette exigence d'illicéité et de souplesse qui doit caractériser ce fait, et de faire une référence à « l'accident » dont nous avons déjà souligné l'ambiguïté lorsque est envisagé la possibilité que la réalisation d'un risque, tel le risque nucléaire de fusion, ne soit que le résultat d'un comportement fautif³³⁹⁸ (*Section 1*). Ce n'est qu'ensuite que pourra s'appréhender avec clarté le lien d'imputation personnel, lequel devra résider dans *le critère de l'exploitation* de « l'activité à risque », terme dont la définition sera ressortie de l'étude du fait générateur (*Section 2*).

SECTION 1. LA RÉALISATION D'UN RISQUE ANORMAL CARACTÉRISANT UNE ACTIVITÉ

759. Les difficultés d'une détermination souple, englobante et préalable du risque anormal. S'il est acquis que la règle de responsabilité doit présenter une plasticité destinée à lui conférer une étendue distinctive d'une règle de droit commun, on sait également que cette perméabilité ne saurait faire obstacle à la délimitation de son champ d'application aux seuls dommages nés de la réalisation d'un risque anormal, lequel doit être identifiable *a priori*. Le problème est que cette démarche fondamentale, qui impose d'établir avec malléabilité ce qui est un risque anormal et ce qui ne l'est pas, est peu aisée. Les échecs des tentatives opérées en ce sens à l'endroit de la responsabilité du fait des choses en ont d'ailleurs apporté une première démonstration³³⁹⁹. Même si certains considèrent que lesdites tentatives, loin de vouloir créer un nouveau régime de droit commun à partir d'une série de régimes particuliers épars, entendaient seulement réduire le domaine d'application d'un régime intrinsèquement inapte à formaliser la distinction³⁴⁰⁰, il reste « qu'il s'agisse de chose ou de personne,

³³⁹⁶ P. JOURDAIN, « Le critère de la responsabilité », *op. cit.*, p. 557.

³³⁹⁷ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 1.

³³⁹⁸ Voy. *supra* Introduction, note 43 et Partie I, Titre II, Chapitre 1, note 1107.

³³⁹⁹ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2, B.

³⁴⁰⁰ Voy. M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 597 ou encore E. CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *op. cit.*, p. 676.

aucun critère de distinction suffisamment sûr n'a pu, jusqu'alors, être formulé pour distinguer les choses ou les personnes dangereuses de celles qui ne le sont pas »³⁴⁰¹. Cette difficulté est apparue comme rendant « délicate l'émergence d'un régime de droit commun », ou comme devant à tout le moins « être surmontées si un tel régime devait être créé »³⁴⁰². Pourtant, et quand bien même les tentatives opérées par les projets CATALA et TERRÉ n'ont pas réussi à renverser cette première intuition, c'est avec humilité que nous pensons que ces difficultés ne paraissent pas totalement insurmontables. À tout le moins, elles doivent être surmontées pour trouver une règle de responsabilité apte à réceptionner les dommages susceptibles de résulter de la réalisation du risque nucléaire de fusion.

760. La possibilité d'une détermination souple, englobante et préalable du risque anormal. C'est d'ailleurs suivant cette conviction et emboîtant le pas à Geneviève SCHAMPS qui a proposé d'introduire ce fait générateur par le concept de mise en danger traduit dans le fait d'une « activité spécifiquement dangereuse »³⁴⁰³, que Laurène MAZEAU fait émerger la notion « d'activité à risque » sous la forme d'une notion-cadre centrée sur le fait générateur³⁴⁰⁴. Or si l'on doit en partie à cette auteure le fait d'avoir préféré le terme d'activité à risque, c'est que sa proposition emporte, dans son principe, la conviction. Elle semble en effet autoriser cette conciliation entre souplesse et détermination en permettant d'établir une grille d'identification des activités susceptibles de présenter un seuil de dangerosité suffisamment élevé que son application préserve *in fine* la frontière entre la zone de licéité et la zone d'illicéité, et qu'on puisse ainsi identifier un fait générateur résultant de la réalisation d'un risque anormal caractérisant ladite activité. Aux termes de la proposition formulée par l'auteure, le risque nucléaire semble cependant ne pas avoir été spécifiquement pris en considération. Cette démarche ne doit pas surprendre, si l'on considère que faisant l'objet d'un régime spécifique, le risque nucléaire n'aurait *de facto* pas eu à entrer dans les termes de la proposition formulée. Il en va cependant différemment dans le cadre de notre propos car sa conjoncture impose de confirmer l'applicabilité de de notre proposition à l'exploitation de la fusion nucléaire comme nouveau risque nucléaire.

761. Plan. Quoique la finalité du présent paragraphe a pour vocation de confirmer la formulation d'une notion-cadre « d'activité à risque », servant l'identification d'un fait générateur constitué dans la réalisation d'un risque anormal caractérisant ladite activité (§ 1), il convient préalablement de revenir sur l'opportunité du choix et ses tenants et aboutissants, eu égard aux activités qui, à l'instar de l'exploitation de la fusion nucléaire, font encore l'objet de certaines incertitudes (§ 2).

³⁴⁰¹M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, op. cit., p. 597.

³⁴⁰² *Ibid.*

³⁴⁰³ G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, op. cit., pp. 853 et ss.

³⁴⁰⁴ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., sp. pp. 31 et ss.

§ 1. La mobilisation de la notion-cadre d'activité à risque

762. Plan. Mobiliser la notion d'activité à risque sous la forme d'une notion-cadre centrée sur le fait générateur présente un intérêt certain aux fins d'une détermination *a priori* du risque (A.). Elle interroge néanmoins sur l'aptitude d'une telle méthode à prendre en considération le risque incertain, tel que celui inhérent à l'exploitation de la fusion nucléaire (B.).

A. L'intérêt du recours à la notion-cadre d'activité à risque

763. Plan. Le recours à une notion-cadre centrée sur le fait générateur permet de conférer à la notion d'activité à risque une souplesse opportune (1.), tout en palliant les faiblesses des propositions de ceux qui font le choix, à cette fin, d'une appréciation *a posteriori* (2.).

1. L'intérêt du recours à une notion-cadre

764. La flexibilité de la notion-cadre. Imprécision *intra-legem* prévue par le législateur, une notion-cadre est une « notion juridiquement englobante et directive virtuellement applicable à une série indéfinie de cas, et dont l'application, en raison de son indétermination intentionnelle, passe nécessairement par l'appréciation d'un juge (ou d'un interprète) qui l'actualise »³⁴⁰⁵. Véritables « mutants dans le temps et dans l'espace », les notions-cadres ont pour elles cette flexibilité leur permettant de diriger « les différentes applications d'une qualification, d'un droit ou d'une obligation vers un modèle évolutif »³⁴⁰⁶. Elles présentent ainsi une capacité d'adaptabilité à la diversité des situations auxquelles le juge ou l'interprète sont confrontés dans un domaine donné. Susceptibles de regrouper « sous une même terminologie [...] l'ensemble des risques sociétaux auxquels les sciences et les techniques exposent la société moderne »³⁴⁰⁷, elles constituent dès lors un atout non négligeable dans la détermination d'une règle de responsabilité. La difficulté résulte alors davantage du choix de cette notion-cadre. Cette dernière devant constituer le point nodal de la règle de responsabilité, sa compréhension doit en conditionner l'étendue et l'efficacité. C'est à cet égard que l'on peut rappeler les faiblesses du projet TERRÉ.

765. L'expérience du projet TERRÉ. Nos réserves à l'égard de la notion-cadre utilisée par l'article 23 du Projet Terré ne sont pas inédites. À plusieurs reprises, il nous a été permis de souligner l'ambiguïté de cette disposition, notamment quant à son application à l'égard d'activités à risque telles que les activités de fusion nucléaire. Visant « les installations sujettes à classement » au sens du Code de l'environnement, on pourrait même douter du fait que les rédacteurs aient entendu utiliser une notion-cadre telle que définie ci-dessus. En effet, bien que la lexie n'ait pas eu vocation à couvrir *stricto sensu* les installations classées au sens de l'article L511-1 du Code de l'environnement³⁴⁰⁸ — lesquelles

³⁴⁰⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, s.v. « notion-cadre ».

³⁴⁰⁶ P. HÉNAFF, « L'unité des notions-cadres », *JCP G*, 2005, doct. 189, p. 5.

³⁴⁰⁷ L. MAZEAU, La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque, *op. cit.*, p. 31.

³⁴⁰⁸ J.-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 178 qui, on le rappelle, considérait que la disposition aurait également englobé les installations qui devraient faire l'objet d'une autorisation, d'un enregistrement ou d'une déclaration, mais qui, pour des raisons diverses, ne respectent pas (encore) la réglementation en vigueur et *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2.

supposent l'établissement de liste³⁴⁰⁹ —, il reste que les rédacteurs ont néanmoins exclu toute appréciation par le juge de la dangerosité d'une activité³⁴¹⁰. D'aucuns ont pu regretter une appréhension « excessivement sévère » du champ d'application du fait qu'il aurait englobé un grand nombre d'installations, même celles ne présentant qu'un risque limité³⁴¹¹. Nous avons regretté, pour notre part, un champ d'application potentiellement restrictif. Nonobstant les qualités que nous avons pu attribuer à un droit des délits spéciaux³⁴¹², il reste que ce choix de construction aurait *in fine* laissé une faible marge de manœuvre à l'œuvre créatrice du juge face à l'ambiguïté de la lexie³⁴¹³. Surtout, la référence faite à la notion « d'installation » limite fortement l'appréhension des activités à risque en la liant à un critère immobilier. À la différence, l'utilisation d'une notion-cadre a été, sans aucun doute, le procédé utilisé par les rédacteurs de l'article 1362 du Projet CATALA, s'inspirant explicitement sur ce point de ce qui avait été singulièrement opéré au sein de certains droits étrangers ou projets doctrinaux³⁴¹⁴. En posant le principe d'une responsabilité *même sans faute* de l'exploitant du fait d'une « activité anormalement dangereuse », ceux-ci pensaient pourvoir ce principe de responsabilité d'une flexibilité opportune. En formulant « [l']activité anormalement dangereuse » comme celle qui « crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément »³⁴¹⁵, l'article 1362 tient assurément compte de l'évolution indiscutable de la sinistralité et témoigne d'une foi certaine de ses rédacteurs dans le droit commun de la responsabilité civile³⁴¹⁶. Pour cela, il présente un intérêt certain en permettant d'embrasser un large champ d'activités. Un problème apparaît néanmoins dans la maladresse et l'imprécision de la notion « d'activité anormalement dangereuse », laquelle ressortira des développements suivants, et notamment de ceux visant à justifier le choix de la notion « d'activités à risque ».

2. L'intérêt de recourir à la notion cadre d'activité à risque

766. Plan. Que ce soit par la référence à l'activité (a.) ou au risque (b.), il convient d'expliquer les raisons du choix opérée en faveur de la notion.

³⁴⁰⁹ Voy. Code de l'environnement, art. L511-1 et L511-2.

³⁴¹⁰ J.-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *op. cit.*, p. 177.

³⁴¹¹ Voy. D. NORGUET (dir.), « Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile – Consultation de la Chancellerie », *op. cit.*, p. 10.

³⁴¹² Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2, B.

³⁴¹³ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2.

³⁴¹⁴ Voy. G. VINEY, « Exposé des motifs » in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, *op. cit.*, p. 167 soulignant que cette proposition « rapprocherait le droit français de la plupart des droits étrangers et qu'elle serait en harmonisation avec la jurisprudence administrative en ce sens ». Dans les pays de droit civil, la notion cadre d'activité dangereuse C'est ainsi, par exemple, que l'on retrouve, aux États-Unis, une reformulation de la règle de responsabilité issue de la jurisprudence *Rylands vs. Flether* au sein des *Restatement of Tort Law* de l'American Law Institutes qui a posé une notion cadre de « *ultrahazardous activities* » (*First Restatement of Tort Law* de 1938) puis de « *activity abnormally dangerous* » (*Restatement of the Law Second, Torts* de 1977 et *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm* de 2009). Pareillement, dans les pays de droit civil, la notion-cadre « [d']activité dangereuse » a pu constituer l'objet d'une règle de responsabilité. Il en va ainsi de l'article 1813 du *Código civil* mexicain, de l'article 493 du Code civil portugais, et surtout de l'article 2050 du *Codice civile italiano* qui consacre tout particulièrement une hypothèse générale de responsabilité sans faute du fait des « activités dangereuses », ayant été susceptible de couvrir les activités nucléaires : voy. sur ce point spécifiquement G. ARANGIO-RUIZ, « International Legal Problem of Civil Use of Nuclear Energy », *op. cit.*, p. 576. Nuancez ainsi avec l'article 6 : 175 du *Burgerlijk Wetboek* organisant la responsabilité pour les dommages du fait, cette fois, « des substances dangereuses » et l'article 1079 du Code civil de la Fédération de Russie qui fait référence « aux activités présentant une source de risque accru ».

³⁴¹⁵ *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, *op. cit.*, art. 1362.

³⁴¹⁶ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, « Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile : les activités dangereuses (Commentaire de l'article 1362 de l'Avant-projet Catala) » in *Études offertes à Geneviève Viney*, *op. cit.*, p. 501.

a. L'intérêt de recourir à la notion d'activité

767. L'intérêt du recours à la notion d'activité. Par-delà les faiblesses que l'on peut attribuer au projet CATALA, il présente néanmoins une force certaine : celle, à l'instar de bien des droits étrangers et des régimes spéciaux destinés à réceptionner les risques spécifiques³⁴¹⁷, d'avoir pris l'activité comme élément de référence. Au souvenir de *Gaius*, qui dans ses *Institutes* classifiait déjà les choses en trois catégories – les personnes, les biens et les actions³⁴¹⁸ –, la référence à l'activité permet de singulariser le régime envisagé par rapport à ceux du fait des produits défectueux, du fait des tiers et surtout du fait des choses. Ladite référence autorise en sus à doter le régime d'une souplesse et d'une compréhension opportunes, en comparaison d'autres régimes qui ont fait le choix de se baser sur les notions de *substances* ou d'*installations*. En effet, comme Pierre WIDMER, on pourrait largement questionner les faiblesses de tels rattachements et choisir comme point de départ l'exercice des activités dans lesquelles ces substances ou ces installations sont mobilisées³⁴¹⁹. D'une part, ces rattachements encombrant le droit de définitions complexifiant la lisibilité de la règle de responsabilité³⁴²⁰. D'autre part, ils excluent certaines activités susceptibles de présenter par leur simple agitation, leur intensité particulière ou leur effets produits, un risque indépendant des substances, des choses ou des installations utilisées. Retenir la notion d'activité permet de marquer l'idée qu'il importe peu que le risque anormal qui la caractérise résulte de la nature de cette dernière, des moyens humains et matériels qu'elle emploie ou de leur interaction³⁴²¹. Bien souvent, le risque présenté par une activité est bien moins intrinsèque aux éléments qui la constitue qu'à un ensemble auquel tout un chacun et toute chose concourent indivisiblement, et dont ils ne sont *in fine* les instruments³⁴²². Alors que la réalisation du risque ne trouve pas nécessairement sa *causa remota* dans le fait matériel de l'homme ou le fait des machines et produits auxquels ce dernier recourt, mais plus dans le fait de l'activité en elle-même, la notion d'activité facilite l'établissement du fait générateur de responsabilité : c'est la réalisation du risque anormal caractérisant l'activité et engendré par sa poursuite.

³⁴¹⁷ Cela apparaît plus ou moins explicitement dans les régimes spéciaux. Ainsi, le régime de responsabilité civile nucléaire vise les installations nucléaires. Néanmoins, en élargissant la responsabilité de l'exploitant au transport de substance, c'est plus largement l'activité d'exploitation de la fission nucléaire est prise en considération. Cela apparaît plus explicitement pour d'autres régimes, tel que le transport d'hydrocarbure, le risque minier ou encore le régime de responsabilité pour les dommages causés par les engins spatiaux qui visent bien des activités poursuivies, notamment pour la dernière les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique.

³⁴¹⁸ Voy. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013, p. 471.

³⁴¹⁹ P. WIDMER, « La responsabilité objective pour chose et activités dangereuses dans les projets européens », *op. cit.*, p. 271

³⁴²⁰ C'est ainsi que l'on retrouve les insuffisances déjà mises en lumière à l'endroit de l'article 6 :175 du *Burgelijk Wetboek* néerlandais (*supra* note 3043), de la *Convention de Lugano* (*supra* note 194), de la directive 24/CE/35 (*supra* Introduction § 21) ou encore du projet Terré (*supra* § 681). Notons que la critique avait également été adressée à l'endroit de l'article 3 :206 des principes de droit européen en matière extracontractuelle d'Osnabrück ayant précédé les PETL. Les rédacteurs desdits principes avaient en effet aménagé une responsabilité objective apte à définir les dommages causés par des *substances* ou *émissions dangereuses* dont la principale de la disposition avait vocation à poser les définitions de ces principes : voy. sur ces principes C. VON BAR, *Non contractual Liability Arising out of Damage Caused to another (PEL Liab. Dam)*, Munich, Sellier, 2009, 1386 p ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 231 et ss. Enfin on pourra renvoyer à l'accueil mitigé des membres de la Commission du droit international face à la proposition de définir l'activité à risque par l'établissement d'une liste de substances dangereuses.

³⁴²¹ Voy. en ce sens G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, *op. cit.*, pp. 901-902 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 36 ou P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, *op. cit.*, p. 140 qui avait explicitement posé cette idée dans la rédaction de l'article 50 de l'Avant-projet : « est réputée spécifiquement dangereuse l'activité, qui par sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisés [...] ». On retrouve d'ailleurs cette même idée explicitée à l'article 2050 du Code civil italien : « [c]hiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati [quiconque cause un dommage à autrui dans l'exercice d'une activité dangereuse, par sa nature ou par la nature des moyens utilisés] ».

³⁴²² Voy. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, p. 267.

768. Les conséquences du recours à la notion d'activité. Il emporte trois conséquences subséquentes. De première part, cela facilite l'établissement du responsable sans qu'intervienne une quelconque difficulté liée à la détermination d'un gardien³⁴²³, mais aussi et surtout – sous réserve des explications qui seront opérées *infra* – de servir la compréhension et la justification du lien d'imputation à l'exploitant qui aura trait à la maîtrise que ce dernier aura sur l'activité prise comme un tout indivisible. De deuxième part, cela permet d'établir une première frontière entre les activités visées par la règle en raison du risque anormal qu'elles présentent intrinsèquement et celles dont le risque anormal est dû à l'influence d'un facteur leur étant extrinsèque³⁴²⁴. De troisième et dernière part, cela permet - une fois admis le fait que l'activité constitue un ensemble d'actes coordonnés ou non, impliquant un minimum d'organisation et une succession continue et répétée d'actes³⁴²⁵ - de circonscrire les activités, telles les activités de fusion nucléaire, dont la réalisation du risque anormal ouvre la voie à l'application de la règle de responsabilité.

b. L'intérêt de recourir à la notion d'activité à risque.

769. L'ambiguïté de la notion d'activité anormalement dangereuse. Sur un autre point, le projet CATALA montre toutefois une faiblesse relative au recours à la notion « d'activité anormalement dangereuse ». Quoique cette notion, comme nous l'avons énoncé *supra*, s'avère conforme à certains droits étrangers ou propositions doctrinales, d'aucuns considèrent que le choix du terme « anormalement » se serait avéré « périlleux », en sus d'être « inexact », dès lors qu'il laisserait sous-entendre l'exigence d'un vice ou d'un mauvais fonctionnement de l'activité ou des moyens qu'elle implique³⁴²⁶. C'est cette même ambiguïté qui a conduit Geneviève SCHAMPS à préférer, à l'instar de l'avant-Projet suisse, la notion *d'activité spécifiquement dangereuse*³⁴²⁷. C'est là une critique qui nous paraît compréhensible mais susceptible d'être relativisée. Sans anticiper à l'excès nos développements sur la notion de risque anormal, ce-dernier suppose que la réalisation du risque ne doit pas être assimilée au fonctionnement normal de l'activité : une activité qui, dans son fonctionnement normal, cause des dommages qui justifient l'application de la règle de responsabilité, devrait être remise en cause³⁴²⁸. En revanche, si le risque est intrinsèque à l'activité, comme cela est le cas du risque nucléaire de fusion, il est maîtrisé dans le fonctionnement normal de l'activité, mais il reste latent même s'il ne

³⁴²³ Voy. P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification de la responsabilité civile (droit suisse)*, Rapport explicatif, *op. cit.*, p. 140-141

³⁴²⁴ La question s'était par exemple posée devant les juges italiens de savoir si l'exploitation d'une installation sportive constituait une activité tombant sous le joug de l'article 2050, et ce en raison des comportements violents de supporters. Les juges avaient répondu par la négative, considérant que la dangerosité de l'activité n'était alors pas liée à la nature de l'activité ou des moyens employés, mais s'était révélée par le comportement de tiers : Trib. Firenze, 15 décembre 1989, n° 2457, *Arch. Resp. civ.*, 1990 référencée par G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, *op. cit.*, p. 53 et L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 36.

³⁴²⁵ Voy. également en ce sens J. BARBOZA, « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *op. cit.*, pp. 155-156, § 29 : « [o]n peut, si l'on veut, considérer qu'une activité s'analyse en une série d'actes. C'est à l'activité qu'est associée l'idée de danger et c'est elle qui dicte la forme que prend génériquement, et même parfois statistiquement, le préjudice. Ce sont les activités qu'il convient d'étudier pour les soumettre éventuellement à un certain régime, et non pas seulement les actes isolés, pour lesquels on aura plus de mal à définir un tel régime. Une activité du genre de celles qui sont examinées en relation avec le présent sujet recouvre, il est facile de le voir, une grande quantité d'actes de caractère différent ».

³⁴²⁶ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, § 67.

³⁴²⁷ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, *op. cit.*, pp. 854 et ss ; P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile*, Avant-projet de loi fédérale, art. 50.

³⁴²⁸ On pourra ici renvoyer aux difficultés auxquelles a été confrontée la Commission du droit international par rapport à la distinction entre activités dangereuses et activités à effets nocifs : voy. *supra* note 2955.

se réalise pas. Ainsi, l'anormalité touche au risque et c'est l'éventualité de sa réalisation qui rend l'activité intrinsèquement dangereuse. On comprend par ailleurs que c'est moins la pertinence de la notion qu'une volonté de se prémunir contre d'éventuelles confusions qui a guidé le choix de Geneviève SCHAMPS³⁴²⁹. Comme pour l'avant-projet Suisse, la proposition de l'auteure repose bien sur le risque caractérisé présenté par l'activité, reconnu alors comme un « risque supérieur à la normale » et donc *in fine* un risque anormal³⁴³⁰. Cette idée – qui se retrouve dans la formulation de la définition de l'activité anormalement dangereuse du *Restatement Tort of Law* et dans celle des PETL³⁴³¹ – s'est également retrouvée chez les auteurs du projet CATALA, qui ont simplement insisté sur le fait que leur règle de responsabilité aurait eu vocation à s'appliquer par distinction du fait des activités « normalement » dangereuses. Autrement dit, même s'il existe d'autres activités susceptibles de provoquer certains dommages, ces derniers n'ouvriraient pas droit à réparation sur le fondement de la règle parce que lesdites activités ne présenteront pas intrinsèquement de risque anormal³⁴³².

Cela étant, aucune référence à un risque anormal au sens qu'on lui confèrera *infra* ne ressort de l'article 1362 du projet CATALA. En effet, l'anormalité ne semble pas autant affecter le risque caractérisant l'activité que l'intensité du dommage en résultant, conformément à l'approche *a posteriori* qui a guidé la rédaction de la disposition. Visant explicitement les catastrophes industrielles et les dommages de masse³⁴³³, l'anormalité ne sert qu'à circonscrire maladroitement cet objectif³⁴³⁴. Cela est d'ailleurs explicite lorsque s'observe le fait que les rédacteurs ont pallié l'imprécision de la notion d'activité anormalement dangereuse en établissant une présomption soumise à la réunion de trois conditions : la gravité des dommages, un grand nombre de victimes atteint et une simultanéité des affectations des victimes par ces dommages³⁴³⁵. Or, si cette présomption a pu faire l'objet de critiques³⁴³⁶, c'est que l'article 1362 saisit le risque de manière *ex post*. Au sens de cet article, « la dangerosité de l'activité serait révélée

³⁴²⁹ Voy. en ce sens l'analyse de B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 363.

³⁴³⁰ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, op. cit., sp. pp. 911-912.

³⁴³¹ Voy. *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20 et PETL, art. 5:101 lesquels définissent l'activité par le risque anormal qu'elle présente comme il le sera également vu *infra*.

³⁴³² On notera d'ailleurs que la distinction a été utilisée dans les PETL dont l'article 5 :102 dispose que « les droits nationaux peuvent prévoir des catégories supplémentaires de responsabilité sans faute pour activités dangereuses même si l'activité n'est pas anormalement dangereuse » ce qui n'a pas été sans entraîner la critique de Laurène MAZEAU considérant « la difficulté éminente » qui apparaît « dans la distinction à établir entre différents niveaux de danger » : L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 34. Cette disposition n'avait également pas été sans emporter la critique de Pierre WIDMER pour qui elle représentait « une condescendance gracieuse » des rédacteurs admettant ainsi un principe pourtant admis par la plupart des États européens, signant selon lui une volonté de retour en arrière critiquable : P. WIDMER, « La responsabilité pour choses et activités dangereuses dans les projets européens », op. cit., pp. 261-262.

³⁴³³ Voy. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, op. cit., p. 179, note 3 : « [l']hypothèse visée est celle des dommages de masse, par exemple ceux qui résultent d'un accident industriel comme celui qui a détruit l'usine AZF à Toulouse » et dans le même sens G. VINEY, « Le droit de la responsabilité dans l'avant-projet Catala » in B. WINIGER (dir.), *La responsabilité civile européenne de demain, Projet de révision nationaux et principes européens*, Bâle, Schulthess, 2008, p. 145

³⁴³⁴ A. GUÉGAN-LÉCUYER, « La place de la responsabilité objective [...] », op. cit., p. 236 : « [i]l serait peut-être utile à cet égard utile de s'interroger plus avant sur le rôle du critère de l'anormalité pour définir le fait des activités dangereuses. A-t-il pour but de réserver son application aux cas de dommages de masse, comme sur un autre plan l'anormalité du trouble vient limiter l'application de la théorie du trouble anormal de voisinage ? Ou bien n'a-t-il pour fonction que de désigner l'activité industrielle dans son ensemble, auquel cas l'adverbe *intrinsèquement* pourrait être proposé, car l'exploitation d'une activité industrielle est intrinsèquement dangereuse, la législation des installations classées pour la protection de l'environnement en témoigne suffisamment. Mais dans ce cas, il deviendrait difficile de circonscrire le texte aux hypothèses considérées par les auteurs de la proposition, c'est-à-dire principalement les catastrophes industrielles ». Nous soulignons.

³⁴³⁵ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, « La place de la responsabilité objective [...] », op. cit., p. 235.

³⁴³⁶ Voy. *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., § 72 relevant, au souvenir du projet Terré, que « [l]a notion d'activités anormalement dangereuses est, d'abord, trop vague et mériterait d'être précisée par référence aux installations classées et aux établissements soumis à autorisation ou à des obligations particulières. La présomption de l'alinéa 2, en considération du nombre de victimes potentielles et de la gravité prévisible du dommage, devrait pareillement obéir à des critères moins imprécis. On pourrait même songer à la supprimer, car si en amont une définition précise venait à être donnée aux activités ou établissements considérés, une telle présomption pourrait s'avérer moins nécessaire ». Nous soulignons.

uniquement lorsqu'elle aurait effectivement affecté un grand nombre de personnes de manière simultanée »³⁴³⁷. Pourtant, l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire montre que le risque ne doit pas seulement s'apprécier à la hauteur de l'ampleur de l'évènement dommageable, et plus encore que cette ampleur pourrait ne pas apparaître directement, telle qu'en témoigne, pour ne citer qu'elle, l'expérience tirée des essais nucléaires, et telle pourrait en témoigner un jour l'expérience tirée d'un évènement de fusion nucléaire. D'aucuns ont défendu cette définition de l'*activité anormalement dangereuse*, qui ne fait état que d'une présomption n'ayant pas pour vocation « d'évincer par principe d'autres hypothèses moins extrêmes d'accident dû à des activités dangereuses »³⁴³⁸. Une telle assertion ne semble pour autant pas en accord avec l'idée défendue. En tout état de cause, cette présomption conditionne intrinsèquement l'anormalité de la dangerosité d'une activité à la survenance d'un évènement affectant un grand nombre de personnes³⁴³⁹. Or cette appréhension *a posteriori* du danger, diluant le risque dans le dommage en considérant que *parce qu'un danger a été réalisé, il y avait un risque*, priverait la notion de risque d'un contenu réel³⁴⁴⁰. Elle pourrait ainsi nuire à la bonne compréhension de la règle de responsabilité que nous proposons.

770. Le choix de la référence du risque. Compte tenu de ce qui vient d'être exposé, et s'il faut mettre en avant l'idée que c'est le risque anormal présenté par l'activité qui suppose sa dangerosité, l'emploi du terme activité à risque, entendu comme une activité présentant un risque anormal, doit être privilégiée³⁴⁴¹. Si l'on tend souvent à confondre la notion de danger avec celle de risque, le danger marque la capacité intrinsèque à causer un dommage quand le risque est déterminé par l'exposition à un danger. Il suppose une « existence du danger, que le danger existe à l'état virtuel avant de s'actualiser dans un délit, un dommage ou un accident »³⁴⁴². Dès lors, seule la notion de risque peut mettre en exergue cette prise en considération, par le droit, de l'exposition des personnes, des biens ou de l'environnement à la potentialité d'un évènement dommageable inhérent à une situation ou à une activité. En effet, les activités visées ne sont pas (spécifiquement) dangereuses que parce qu'elles peuvent causer des dommages, car tout est danger. Elles sont (spécifiquement) dangereuses parce qu'elles exposent les individus à un risque anormal, qui quand il se réalise, peut causer des dommages ouvrant droit à réparation sur le fondement de la règle de responsabilité. Ainsi, les activités de fusion seraient des activités à risque en raison du risque nucléaire auquel elles exposent les individus. Cela permet alors une formulation de la règle de responsabilité par le seul prisme du fait générateur – qui est alors la réalisation de ce risque anormal caractérisant l'activité – et non par le seul prisme des conséquences qui sont susceptibles d'en découler. Tel est le premier enjeu que suppose le recours à la notion cadre.

³⁴³⁷ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 374.

³⁴³⁸ A. GUÉGAN-LÉCUYER, « La place de la responsabilité objective [...] », op. cit., p. 236.

³⁴³⁹ Voy. P. LE TOURNEAU, « Le projet français de révision de la responsabilité civile – Une voie critique » in B. WINIGER (dir.), *La responsabilité civile européenne de demain, Projet de révision nationaux et principes européens*, op. cit., p. 193.

³⁴⁴⁰ Voy. C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle*, op. cit., p. 32.

³⁴⁴¹ Rapprochez L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 34.

³⁴⁴² F. EWALD, *L'État providence*, op. cit., p. 417. Sur la compréhension de la notion dans la cyndinique et autres disciplines scientifiques dont nous ne présentons là qu'un résumé et surtout l'acceptation qui en paraît communément acceptée : voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile de professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 34-36.

B. Les enjeux du recours à la notion cadre d'activité à risque

771. Plan. La mise en exergue de l'intérêt du recours à la notion-cadre d'activité à risque permet d'identifier l'un des enjeux majeurs de sa formulation : celui de pouvoir centrer la formulation de la règle de responsabilité dans une logique *ex-ante* permettant de centrer la réflexion sur le fait générateur (1.). De ce premier enjeu, un second se dessine : l'aptitude d'une telle méthode à prendre en considération le risque incertain, tel que celui inhérent aux activités de fusion (2.).

1. Une notion-cadre centrant la qualification sur le fait générateur

772. L'absence de jugement rétrospectif du risque ou de la dangerosité. La définition posée par l'article 1362 du projet CATALA, en envisageant une appréhension *a posteriori* impliquant un jugement rétrospectif du danger, fait primer une approche casuistique en ce domaine. Cela entraîne dès lors plusieurs difficultés, et notamment celle de considérer l'ampleur des dommages comme un critère prioritaire d'identification de l'activité à risque. Outre le fait que nous nous sommes toujours gardés de réserver l'application de la règle de responsabilité aux activités susceptibles de ne causer que des dommages catastrophiques, il ne faut pas surestimer la portée d'un tel critère.

D'une part, extrêmement difficile à définir, le critère lié à l'ampleur des dommages subis peut participer à exclure certaines activités qui, comme les activités de fusion, présentent un certain risque et une chaîne de réalisation complexe sans pour autant être susceptibles de causer ce que l'on désigne comme une catastrophe, notion au demeurant difficile à définir³⁴⁴³. Pourtant, le caractère non catastrophique d'un accident de fusion ne devrait pas occulter sa dangerosité contingente, qui résulte en réalité du caractère complexe et anonyme de l'évènement ainsi que de l'incertitude entourant ses conséquences. À l'excès, ne prendre en considération que l'ampleur de l'évènement *a posteriori* conduit à une application discontinue de la règle de responsabilité à l'endroit de certaines activités à risque. Peut ainsi en être exclue la réparation des dommages issue d'incidents restreints, mais non moins graves, l'idée n'étant pas de remettre en cause l'appréciation qualitative des préjudices subis individuellement³⁴⁴⁴. Le cas échéant, outre qu'il serait d'office manifestement arbitraire et inéquitable de priver les victimes de petits incidents des avantages d'un système réparatoire fondé sur l'idée d'un risque anormal – puisse-t-il avoir incidemment vocation à réceptionner les grands sinistres –, une telle appréhension éloignerait la règle de responsabilité de la logique même de l'institution telle qu'initialement envisagée par le *Code civil*. Ignorant toute forme

³⁴⁴³ Voy. C. LIENHARD, « Pour un droit des catastrophes », *D.* 1995, chron. 31, p. 94 dont nous avons déjà pu évoquer les interrogations et se questionnant ainsi de la sorte : « à partir de quand se trouve-t-on, en fonction du nombre des victimes, face à une catastrophe ? L'interrogation peut paraître cynique ou dérisoire, elle mérite néanmoins d'être abordée. Car de la réponse apportée dépend l'efficacité de la mise en œuvre des mécanismes spécifiques. Sous l'angle purement mathématique, le collectif commence à deux. On pourrait aussi songer au nombre de victimes permettant de créer une association de défense, c'est-à-dire sept ».

³⁴⁴⁴ Sans préjudice de notre vœu pieu de voir le droit de la responsabilité adopter une certaine raisonnable dans la réparation des dommages, on pourra ici faire une référence une nouvelle fois à l'exemple de la vache tuée par la chute d'un morceau de satellite de P.-M. DUPUY, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique*, *op. cit.*, p. 221. Néanmoins, sans préjuger de la « gravité » de ce préjudice, l'on pourra également penser à l'affaire du Domaine du Diamant Noir où les dommages allégués par les victimes seraient provenus d'une fuite réduite d'émission de substances nucléaires, lesquelles pourraient, dans d'autres circonstances, conduire à des dommages corporels fussent-ils limités à un certain nombre de personnes. L'activité aérienne constitue également un exemple type d'activité à risque susceptible de ne pas entraîner que des dommages de masse. Pour exemple, l'accident ayant eu lieu le 30 avril 2007 illustre cette hypothèse : un avion avait, en effet, heurté un camion ne causant « que » la mort de son conducteur : voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 45.

« d'analyse comptable des victimes »³⁴⁴⁵, c'est en se plaçant au seul point de vue de l'auteur du dommage que le rapport de responsabilité était originellement pensé pour les régimes de droit commun³⁴⁴⁶. Pour cela, nombre de régimes spéciaux ont été conçus suivant la même méthodologie, c'est-à-dire en se polarisant sur le potentiel dommageable de l'activité indépendamment du nombre réel de victimes. Cela ne saurait empêcher, à l'instar du régime de responsabilité civile nucléaire, d'adapter certains éléments de la règle de responsabilité en anticipant la potentialité d'un nombre important de victimes³⁴⁴⁷. Simplement, et au souvenir des mots de Ernest VON CAEMMERER³⁴⁴⁸, ce critère ne doit pas être un élément déterminant de l'anormalité d'un risque. Ainsi un évènement heureusement bénin, tel que celui survenu sur la centrale nucléaire du Tricastin en 2008, ne saurait remettre en cause l'anormalité du risque nucléaire. On retrouve d'ailleurs cette même idée dans certains droits étrangers ou propositions formulées en ce sens³⁴⁴⁹. Raisonner à l'inverse réduirait la règle « à une peau de chagrin ; le régime général annoncé se transformant alors en un nouveau cas particulier »³⁴⁵⁰.

D'autre part, cette approche *ex post* amènerait à la possibilité de considérer comme étant à risque une activité *a priori* anodine, mais qui pourrait, par le résultat d'un concours de circonstances extraordinaires dont une nouvelle survenance paraîtrait invraisemblable, être à l'origine d'un dommage considérable³⁴⁵¹. Plus encore, cela amènerait à considérer le dommage d'une certaine ampleur né d'une conduite incontestablement dangereuse indépendamment du risque anormal *in re ipsa* présentée par l'activité en étant à l'origine³⁴⁵². Or la règle de responsabilité *même sans faute* justifie son existence parce qu'elle a vocation à réceptionner le risque anormal au-delà des limites de la faute.

³⁴⁴⁵ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 32

³⁴⁴⁶ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 10.

³⁴⁴⁷ Tel était l'une des idées qui pouvait sous-tendre la proposition de limiter les préjudices réparables. De même, cette possibilité pourra justifier certains éléments relatifs à la formulation de la règle lato sensu.

³⁴⁴⁸ « [O]n ne dit pas d'une chose qu'elle est dangereuse parce qu'elle a porté un préjudice, on dit d'une chose qu'elle est dangereuse *parce qu'on doit s'attendre à ce qu'elle cause des dommages* [...] le manque total d'expérience ne nous permet pas d'évaluer les dommages possibles ».

³⁴⁴⁹ Ainsi, l'article 2050 du Code civile italiano vise le dommage causé à autrui par l'activité dangereuse sans viser un critère lié à une quelconque ampleur, bien que la jurisprudence ait parfois pu déduire l'appréciation du danger du dommage réalisé : voy. sur cette analyse G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., pp. 125-126. Quant au PETL s'inspirant du *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, s'ils font tous deux références à un risque « significatif de dommage » ne font pour autant pas de l'ampleur un critère exclusivement déterminant. On retrouve d'ailleurs peu ou prou cette idée à l'article 50 de l'avant-projet Suisse, qui visant l'activité spécifiquement dangereuse comme celle, entre autres, susceptible de « causer de fréquent ou grave dommages » ne devait pas pour autant conduire à exclure « le fait, que grâce à un heureux hasard, une activité intrinsèquement dangereuse n'ait produit que de rares accidents relativement bénins » : voy. P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification de la responsabilité civile* (droit suisse), *Rapport explicatif*, op. cit., p. 142, ou encore dans le même sens G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 868.

³⁴⁵⁰ J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses et/ou du fait des activités dangereuses – Synthèse comparative », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, p. 286.

³⁴⁵¹ Cette exclusion d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque avait d'ailleurs été mise en lumière dans le cadre des travaux de la Commission du droit international : voy. CDI, « Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activité qui ne sont pas interdites par le droit international, par Julio Barboza », op. cit., p. 57, § 60 : « il y a le dommage causé par un évènement imprévisible au cours d'une activité qui n'est pas appréciablement dangereuse, provoqué par un concours de facteurs, et qui, en principe, ne relèverait pas du sujet examiné. Cela ne veut pas dire que le dommage ne serait pas indemnisable, mais qu'il ne l'est pas dans le cadre du projet d'articles »

³⁴⁵² Voy. ainsi le rapport d'élaboration du Code civil italien concernant l'article 2050 : *Relazione al Ministro Guardasi-gilli al codice civile*, 1943, n°975 : « [trad] dans l'exercice d'activités dangereuses, la prévisibilité du dommage est *in re ipsa* ». On pourra ainsi souligner que les rédacteurs du *Code civile italiano* avaient tenu à bien différencier l'activité à risque du caractère dangereux d'une activité intrinsèquement inoffensive qui n'acquiert ce caractère que par la conduite imprudente, maladroite ou négligente de celui qui l'exerce – et reste de ce fait soumis au principe de la faute et donc à l'article 2043 du Code. Pour cela, une distinction est établie au sein du code entre la *dangerosità de la condotta* et celle de l'activité : voy. pour exemple : Cass. Sez. civ. III, n°203 del 21.10.2005 et plus généralement G. ANNUZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Padova, CEDAM, 2010, (format Kindle) emp. 8354 ; V.-G. BRIGANDI, *Attività pericolosa. Un classico tra i concetti normativi*, *Attività pericolosa. Un classico tra i concetti normativi*, Turin, Giappichelli, 2018 (format Kindle) emp. 63 et ss ; M. COLANGELO, *La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, Ed. Colangelo, 2014 (format Kindle), emp. 279-294, 388.

Dès lors, cette approche n'est pas satisfaisante et on doit lui préférer l'exigence d'une appréciation générale et abstraite de l'activité à risque.

773. Une appréciation du risque générale et abstraite. Face à ces difficultés, Laurène MAZEAU considère qu'une notion-cadre visant le fait générateur permet de faire partir l'étude de l'analyse, non plus des conséquences d'un accident, mais bien de sa source, qu'elle identifie alors comme « l'exploitation d'une activité à risque »³⁴⁵³. Si nous identifions plus précisément le fait générateur dans *la réalisation du risque anormal caractérisant l'activité exploitée*, c'est parce que l'exploitation servira à l'établissement du lien d'imputation plus qu'à l'identification du fait générateur. Il reste que l'idée de l'appréciation *ex ante* séduit. D'ailleurs, cette proposition a été majoritairement retenue dans les droits et propositions doctrinales étrangères ou européennes, autorisant ainsi une appréciation prospective par le juge du risque encouru en prenant des critères d'appréciation objectifs orientés sur la nature du risque³⁴⁵⁴. Chaque fois, la détermination du risque anormal, et par conséquent de l'activité à risque, constitue une question de droit. Le juge doit constater l'existence de l'un et de l'autre de manière « générale et abstraite »³⁴⁵⁵ selon un jugement que la Cour de cassation italienne a qualifié de *prognosi postuma* (« *pronostic posthum* »)³⁴⁵⁶. À cette fin, le juge tient compte des balises indiquées, c'est-à-dire en suivant les indices et critères objectifs posés dans les définitions de ces notions. Cette détermination ne doit pas varier en fonction du dommage réalisé, c'est-à-dire même si une activité considérée comme inoffensive occasionne un dommage considérable³⁴⁵⁷. Il appert cependant que la détermination par une démarche objective du risque interroge sur le degré de certitude attaché en amont audit risque. Puisque la détermination d'une activité à risque ne peut se mesurer à l'aune du dommage réalisé, il peut se poser la question de la possibilité d'appréhender le risque qui serait, sinon inconnu, du moins incertain avant la réalisation du dommage tel que cela pourrait être le cas du risque nucléaire de fusion.

2. Une notion-cadre autorisant l'appréhension du risque incertain

774. Position du problème. L'appréhension du risque incertain aux fins d'élaboration de la notion-cadre questionne indubitablement. Si la prévisibilité du risque apparaît parfois explicitement comme

³⁴⁵³ Voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 33, 37-51.

³⁴⁵⁴ Voy. *Code civil italiano*, art. 2050 ; *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20 ; P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile*, op. cit., art. 50 ; PETL, art. 5 : 102 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., pp. 853 et ss.

³⁴⁵⁵ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, op. cit., p. 141 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger* [...], op. cit., p. 853 ou *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20 explicité par Legal Information Institute, "Abnormally Dangerous Activity", *Cornell Law School* : « [i]n any case, courts must evaluate the likelihood of physical harm and the potential severity of that harm in the context in which the activity took place ».

³⁴⁵⁶ Voy. pour exemple : Cass., 30 octobre 2002, n. 15288 : « È, poi, ius receptum che il giudizio di pericolosità va espresso non ex post, sulla base cioè dell'evento dannoso verificatosi, perché così ragionando ogni attività potrebbe essere qualificata come pericolosa, ma ex ante sulla base delle circostanze di fatto che si presentavano al momento dell'esercizio dell'attività: vale a dire, secondo un giudizio c.d. di prognosi postuma [trad. « le jugement de danger doit être exprimé non pas ex-post sur le fondement du fait dommageable qui s'est produit, car toute activité pouvait être qualifiée de dangereuse, mais ex-ante sur la base des circonstances factuelles qui se présentaient au moment de l'exercice de l'activité: c'est-à-dire selon un jugement dit de "pronostic posthume"] ».

³⁴⁵⁷ Voy. notamment G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 868 ; P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, op. cit., pp. 141-142 ; ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 424. On notera que cette idée apparaissait d'ailleurs déjà chez George RIPERT : voy. G. RIPERT, note sous Cass. civ. 29 juillet 1924, *D.*, 1925, I., p. 5 ; note sous Cass. civ., 21 février 1927, I., p. 98.

un facteur de détermination de la responsabilité³⁴⁵⁸, la question se pose néanmoins de savoir dans quelle mesure sa potentialité dommageable doit être réelle. Le manque de certitude *ex ante* sur le risque devrait-il empêcher de qualifier l'activité en cause comme étant à risque, et donc d'engager la responsabilité de son exploitant, une fois le dommage réalisé, sur le fondement du régime ? La certitude est-elle l'essence de la notion de risque au sens juridique ? Ces questions qui s'unissent autour d'une interrogation visant à la détermination de la fourchette de prévisibilité du risque appréhendé par la notion-cadre et par la règle de responsabilité, rendent la définition de celle-ci peu aisée ; et ce d'autant plus lorsque l'on se trouve confronté à un risque tel que celui inhérent à l'exploitation de la fusion nucléaire. Nous l'avons déjà évoqué, l'attitude du public vis-à-vis d'un risque peut varier en fonction de la représentation qu'il s'en fait et ses craintes peuvent naître de l'incertitude qui entoure l'activité susceptible de provoquer le fait dommageable. Si d'aucuns spéculent aujourd'hui sur l'ampleur du risque relatif à l'exploitation de la fusion, cette dernière demeure une activité nucléaire, dont le risque est *in fine* un risque nucléaire. Elle combine donc l'incertitude objective du risque et sa perception subjective liée au sentiment qu'elle relève du nucléaire. La peur qu'elle serait susceptible d'engendrer pourrait donc légitimer qu'on la considère comme une activité à risque³⁴⁵⁹. Cette démarche ne présenterait toutefois aucune justification juridique satisfaisante, dès lors que la règle de responsabilité vise à rationaliser l'appréhension du risque par la en limitant son application à un risque préalablement identifié et, surtout, identifiable³⁴⁶⁰.

775. Plan. Déterminer la mesure dans laquelle le risque incertain est appréhendable par la notion-cadre impose donc de le définir comme catégorie négative (a.) et d'en poser les limites (b.).

a. L'exclusion du risque indécélable

776. L'appréhension du risque indécélable par certaines propositions doctrinales. Pour Geneviève SCHAMPS et Laurène MAZEAU, l'appréhension du risque incertain par la règle de responsabilité n'est pas une difficulté. C'est ce qui ressort, non pas des définitions de la notion fournies par ces auteures, mais de leurs argumentations concernant le rejet du risque de développement comme cause d'exonération de la responsabilité dans le cadre des régimes qu'elles proposent. Pour rappel, la cause

³⁴⁵⁸ La question de la prévisibilité est néanmoins relativement ambiguë au sein des droits étrangers. Voy. notamment l'article 2050 du Code civil italien qui, bien que soumettant la responsabilité à une forme de présomption de faute, demeure très restrictive sur ce point et surtout considère que la prévisibilité du dommage est *in re ipsa* l'activité ce qui équivaldrait à reconnaître une exigence de prévisibilité objective : voy. V.G. BRIGANDI, *Attività pericolosa*, op. cit., emp. 91 et M. COLANGELO, *La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, op. cit., emp. 1126 et pour nuance G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 869 reconnaissant le caractère objectif de cette prévisibilité mais regrettant que son standard n'ait pas été développé davantage. On retrouve également cette exigence de prévisibilité à l'article 6 : 175 BW qui suppose que le danger présenté par la substance soit (objectivement) connu et dans les PETL, art. 5.101 inspiré du *Restatement of the Law Second, Torts*, §§ 519-520 et surtout du *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20 au terme duquel il apparaît l'activité anormalement dangereuse « creates a foreseeable [...] risk of physical harm ». Ainsi, il apparaîtrait que le défendeur croyant sincèrement que l'activité exploitée ne créait pas un risque anormal ne pourrait se voir opposer une responsabilité même sans faute. En réalité, il ne suffit pas de démontrer qu'on n'avait pas une connaissance réelle des risques si ces derniers étaient notoirement connus et que l'on pouvait en avoir connaissance : voy. sur cette compréhension E. REID, « Liability for dangerous activities : a comparative analysis », *The international and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. pp. 740-741 et également sur cette question G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., pp. 868-870.

³⁴⁵⁹ Rapprochez E. VON CAEMMERER, « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », op. cit., pp. 676, 681.

³⁴⁶⁰ Voy. G.J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », *AJDA*, 2005, p. 2223 considérant que la seule hypothèse du risque considéré comme légitime est celle « qui repose sur une analyse des sciences dures ». Voy. également en ce sens G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., pp. 890-891 qui envisageant la perception des risques par le grand public montre une certaine réserve considérant le caractère relatif et variable de la perception du risque.

d'exonération pour risque de développement permet au producteur d'un produit défectueux d'être exonéré de sa responsabilité s'il prouve que « l'état des connaissances scientifiques et techniques », au moment où il a mis le produit en circulation, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut³⁴⁶¹. Appréhendant non pas un vice indécélable, mais bien « un défaut de la connaissance du produit qui reste extérieur au produit »³⁴⁶², cette cause est en principe circonscrite au seul cadre du régime sur les produits défectueux. Pourtant, d'aucuns plaident aujourd'hui en faveur de sa contagion aux autres cas de responsabilité objective³⁴⁶³. Au-delà d'une superposition éventuelle entre la règle de responsabilité de l'activité à risque et le régime des produits défectueux, cela justifierait le garde-fou formulé par les deux auteures suscitées pour qui, dans une logique de prévention comme de réparation, il importe peu que le risque de l'activité « soit ou non connu compte tenu des connaissances scientifiques et techniques au moment de l'exploitation de l'activité »³⁴⁶⁴. Certainement, cela paraît s'inscrire dans la droite ligne de la plupart des régimes spéciaux liés à des activités dangereuses, lesquels n'envisagent aucunement cette cause d'exonération³⁴⁶⁵. Il reste néanmoins que le propos interroge.

777. L'exclusion du risque indécélable de la notion-cadre d'activité à risque. Selon nous, le risque de développement ne doit effectivement pas être ici une cause d'exonération de responsabilité ; cela parce qu'il ne le peut tout simplement pas. Cela ne signifie pas que nous n'adhérons pas au propos des auteurs à l'endroit de la dimension ultra-préventive qu'implique cette acceptation³⁴⁶⁶. Cela ne signifie pas qu'une activité révélant sa dangerosité *a posteriori* ne pourra pas être concernée par la règle de responsabilité à l'avenir, en étant à la source d'un nouvel événement dommageable³⁴⁶⁷. Néanmoins, dans la logique d'appréciation *ex ante* du risque que suppose une notion-cadre centrée sur le fait générateur (c'est-à-dire indépendamment du dommage réalisé), le risque est justement supposé être connu avant la réalisation du dommage. Accepter de soumettre à la règle de responsabilité les activités dont le risque est indécélable pose donc difficulté. D'abord, cela peut rendre leur assurabilité ardue bien qu'il s'agisse peut-être là d'un faux problème³⁴⁶⁸. Ensuite, cela revient à fonder la dangerosité *a posteriori* sur un rapport de causalité et fait donc obstacle à la logique poursuivie d'une appréhension *ex-ante* et à la circonscription de l'obligation de réparation à la réalisation du risque anormal qui

³⁴⁶¹ Code civil, art. 1245-10-4 ; Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JO L 210 du 7.8.1985, p. 29-33, art. 7.e).

³⁴⁶² F. EWALD, « La véritable nature du risque de développement et sa garantie », *Risques*, 1993, n°14, p. 16.

³⁴⁶³ Voy. P. OUDOT, *Le risque de développement, Contribution au maintien du droit à réparation*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2005, 358 p. contra C. LARROUMET, « La notion de risque de développement » in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz 2000, pp. 1589 et ss. On notera que la Convention de Lugano avait laissé la possibilité de la retenir comme cause d'exonération aux États : voy. *Rapport explicatif de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*, op. cit., p. 13, § 61.

³⁴⁶⁴ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 417 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger [...]*, op. cit., pp. 954-955.

³⁴⁶⁵ Voy. P. OUDOT, *Le risque de développement, Contribution au maintien du droit à réparation*, op. cit., pp. 146-147.

³⁴⁶⁶ Les auteurs justifiaient un tel choix par le fait que la consécration d'une telle cause d'exonération n'encouragerait pas l'exploitant à financer des recherches pour améliorer les mesures de sécurité relative à l'exploitation de son activité, où à trouver des méthodes d'exploitations plus sûres.

³⁴⁶⁷ Rapprochez J. BARBOZA, « Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », op. cit., p. 52, § 14.

³⁴⁶⁸ Voy. C. GOLLIER, « Le risque de développement est-il assurable ? », *Risques*, 1993, n°14, pp. 49-58 et comparez *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 1.

caractérise l'activité. En effet, pour que l'on puisse admettre un tel principe, le danger doit être connu ou du moins perceptible dans sa potentialité³⁴⁶⁹. Enfin et surtout, cela pourrait priver la responsabilité de son fondement explicatif. Comme nous le verrons *infra*³⁴⁷⁰, le lien d'imputation sera créé par l'acceptation par l'exploitant de la maîtrise du risque : il suppose dès lors que l'exploitant ait une connaissance de ce risque, fût-elle réelle ou « construite »³⁴⁷¹. La responsabilité du fait des activités à risque ne pouvant constituer une base suffisante pour admettre une responsabilité englobant les risques de développement, nous sommes forcés de reconnaître que les risques indécélables constituent des risques « généraux de civilisation » qui doivent être supportés selon d'autres modalités. Dans ce contexte, nous pourrions alors admettre qu'il est acceptable de faire peser sur une collectivité qui « profite » de l'ensemble des produits innovants, le poids économique du dommage³⁴⁷², ou plus encore que le *pater familias* puisse ainsi se reposer sur une assurance directe³⁴⁷³.

Nonobstant, il ne faut pas confondre risque indécélable et risque incertain. Si l'on a considéré que l'exonération du risque de développement se réduit sous l'influence de la précaution³⁴⁷⁴, c'est parce que le risque indécélable possède une nature non évolutive : *soit il est connu, soit il est inconnu*³⁴⁷⁵. À l'inverse, le risque incertain est fuyant : il a une existence « allusive, insidieuse, éventuelle qui le rend à la fois présent et absent, douteux et suspect »³⁴⁷⁶. La notion est en elle-même un pléonisme, voire une tautologie quand, au sens juridique du terme, le risque matérialise déjà un événement à la survenance *incertaine*³⁴⁷⁷. Cette tautologie rend alors la notion de risque incertain ambiguë, car l'incertitude du risque peut désigner pléthore de situations allant de l'incertitude d'un événement dommageable ou d'un dommage dans sa « réalité » ou son « ampleur », à l'incertitude du risque qu'il soit « virtuel » ou « réalisé »³⁴⁷⁸. Or, cette appréhension du risque incertain a été la panacée du principe de précaution. Bien que la question de son application *per se* ne soit ici pas pertinente³⁴⁷⁹, les études lui

³⁴⁶⁹ Voy. en ce sens P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification de la responsabilité civile, Rapport explicatif, op. cit.*, p. 142.

³⁴⁷⁰ Voy. *infra* Section 2, § 2.

³⁴⁷¹ Sur la notion de connaissance subjective construite, rapprochez *supra* note 2770.. Il faut en effet admettre que l'exploitant ait eu les moyens de savoir parce que la seule connaissance subjective serait trop restrictive et équivaudrait à un retour déguisé de la faute.

³⁴⁷² Voy. dans le sens d'un fonds d'indemnisation P. OUDOT, *Le risque de développement, op. cit.*, pp. 289 et ss ; N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, Aix-en-Provence, PUAM, pp. 310-311 ; H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques, op. cit.*, p. 556 ; J-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits, Étude de droit comparé*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 555 et ss.

³⁴⁷³ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 1.

³⁴⁷⁴ Voy. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques, op. cit.*, p. 556, note 2063 ; A. GUÉGAN, « L'apport du principe de précaution », *RJE*, 2000, n°2, p. 175 nuancé par P. OUDOT, *Le risque de développement, Contribution au maintien du droit à réparation, op. cit.*, pp. 299-300

³⁴⁷⁵ Voy. D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, op. cit.*, pp. 66-69.

³⁴⁷⁶ F. EWALD, *L'État providence, op. cit.*, p. 417.

³⁴⁷⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, s.v. « risque ».

³⁴⁷⁸ Voy. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, pp. 223-227 relevant ainsi que l'incertitude du risque peut se manifester à bien des égards. Il y a des risques ayant causé des dommages ou entraîné des événements dont on ne connaissait pas la réalité, comme celui de l'amiante, et d'autres dont on ne maîtrise pas l'ampleur. Il en va ainsi dans le cadre des dommages à l'environnement. On a pu ainsi surestimer l'ampleur de dommages dus à la pollution par hydrocarbure comme on n'arrive pas, aujourd'hui, à estimer l'ampleur des dommages dus aux changements climatiques. Un même constat s'observe d'ailleurs dans le cadre des accidents nucléaires. Comme énoncé, précédemment, bien qu'il soit encore trop tôt pour dresser le bilan de l'accident de Fukushima, il appert que plus de 30 ans après l'accident de Tchernobyl, on peine encore à saisir l'ampleur de la catastrophe sur l'environnement et la santé. Ensuite, le risque peut être virtuel parce qu'il est une incertitude entourant la possibilité même qu'une activité puisse engendrer des dommages. Tel serait, par exemple, le cas des OGM. Quant à l'incertitude du risque réalisé, elle découle davantage de la difficulté à considérer si un événement a vraiment contribué à la réalisation d'un dommage. Ainsi, on pourrait se demander si, à faible dose, le nucléaire est la cause de cancers.

³⁴⁷⁹ Le principe est en effet indépendant de l'idée poursuivie ici car il incite à éviter la réalisation des dommages malgré l'incertitude scientifique entourant le risque. Il demande dès lors à ne pas attendre l'action réparatrice car « lorsque le dommage se réalise, le principe s'efface » : voy. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, pp. 327-329 et dans le même sens P. JOURDAIN, « Principe de

étant consacrées restent néanmoins *mutatis mutandis* riches d'enseignement aux fins de l'étude, et notamment vis-à-vis de l'inclusion du risque nucléaire de fusion dans le champ d'application de la règle de responsabilité recherchée.

b. L'inclusion du risque incertain

778. Une appréhension variable du risque incertain. Les définitions relatives au principe de précaution partagent un fond commun. Que ce soit en droit international ou en droit national, le principe de précaution est souvent décrit comme visant à prévenir la survenance d'un dommage « grave » et/ou irréversible à l'environnement dans un *contexte d'incertitude scientifique*. Paradoxalement, pourtant, la plupart des définitions du principe de précaution ne permettent guère de fixer un seuil dans la connaissance du risque qui puisse justifier la mise en œuvre du principe. Elles présentent de multiples nuances quant au seuil à appliquer pour en limiter la portée, tant au regard de l'incertitude pesant sur la survenance du risque *stricto sensu*³⁴⁸⁰, qu'au regard de celle portant sur les caractéristiques des dommages en résultant³⁴⁸¹. Nicolas DE SADELEER en a cependant élaboré une grille de lecture qui emporte notre conviction³⁴⁸².

779. L'appréciation de l'incertitude pesant sur le risque *stricto sensu*. L'auteur distingue trois types de risques *stricto sensu* : les risques certains, qui sont pris en considération par la règle de responsabilité³⁴⁸³, les risques résiduels, qui sont exclus *a priori* du champ d'application la règle de

précaution et responsabilité civile », *LPA*, vol. 239, 2000 p. 52 ; C. THIBIERGE, « Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 582. De même, on admet parfois que la théorie du risque était elle-même intrinsèquement liée à l'incertitude et aurait intégré, un siècle avant que l'on ne parle du « principe de précaution » tous les apports de ce principe au droit de la responsabilité en privant les responsables de « la possibilité de se justifier en invoquant les incertitudes scientifiques qui affectent le déroulement du processus dommageable » : voy. P. KOURILSKY, G. VINEY, *Le principe de précaution. Rapport au premier ministre*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 82 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 417-420 ; G. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *op. cit.*, p. 305. Toutefois, dans la mesure où nous souhaitons circonscrire la définition du risque anormal, l'étude devient pertinente.

³⁴⁸⁰ Bon nombre des instruments de droit international, pourtant berceaux du principe, se contentent d'exiger une absence de certitude « absolue » ou « totale » : voy. pour exemple la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, signée à New-York le 9 mai 1992, entrée en vigueur le 21 mars 1994, *RTNU*, vol. 1771, p. 107, art. 3 ; AGNU, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, 12 août 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I), principe 15. Seuls certains d'entre eux se rapprochent de la formulation d'un seuil positif en évoquant l'existence d'une « vraisemblance » de données scientifiques « adéquates », « pertinentes » ou encore « de motifs raisonnables de s'inquiéter » : voy. pour exemple *Convention sur l'intervention en haute mer en cas d'accident pouvant entraîner une pollution par hydrocarbure*, signée à Bruxelles le 29 novembre 1969, entrée en vigueur le 6 mai 1975, *RTNU*, vol. 970, p. 216, art. 1.1 ou encore le *Protocole de Carthage sur la prévention des risques biotechnologiques*, signé à Montréal le 29 janvier 2000, entrée en vigueur le 11 septembre 2003, *RTNU*, vol. 2226, p. 208. Au niveau de l'Union européenne, les institutions ont été davantage explicites. Pour la Commission, le facteur déclenchant le recours au principe de précaution « est une hypothèse de risque potentiel, même si ce risque ne peut entièrement être démontré, son ampleur quantifiée ou ses effets déterminés en raison de l'insuffisance ou du caractère non concluant des données scientifiques » (COM(00) 153 final, *JO*, C. 2000/58 du 2 février 2000). Cette vue est également celle des juridictions de l'Union : voy. CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, C-192/01, *Rec. CJCE*, p. 9693, §§ 47, 51 ; CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, C-236/01, *Rec. CJCE*, p. 8105, §§113-114. La Cour européenne des droits de l'homme impose quant à elle que l'incertitude scientifique soit accompagnée « d'éléments statistiques suffisants et convaincants » : CEDH, *Tatar c/Roumanie*, *op. cit.*, § 106. En droit interne, l'article L. 110-1 du Code de l'environnement évoque une « simple absence de certitude ». Sur cette question voy. not. N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 172-173 ; *Le principe de précaution dans le monde*, Paris, Fondation Jean-Jaurès, 2011, 37 p. ou encore C. DE ROANY, « Des principes de précaution. Analyse de critères communs et interprétation différenciée », *RJE*, n°2, 2004, pp. 143-156.

³⁴⁸¹ La *Déclaration de Rio* n'admet le recours au principe que « pour prévenir un risque de dommage grave ou irréversible ». Le Code de l'environnement vise quant à lui des « dommages graves et irréversibles ». Dans le droit de l'Union européenne, on pourra rappeler la récente référence à « la probabilité d'un dommage réel » pour faire application du principe de précaution : voy. CJUE, 28 mars 2019, *Alfonso Verlezza et a.*, C-487/17 ; C489-17, §58. En doctrine, voy. not. F. EWALD, « Philosophie de la précaution », *L'année sociologique*, 1996, vol. 46, p. 395 pour qui il apparaissait « que le principe de précaution ne vise pas toute situation de risque, mais celles qui sont marquées par deux caractéristiques principales : un contexte d'incertitude scientifique d'un côté, l'éventualité de dommages graves et irrésistibles de l'autre » nuancé par D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 76 pour qui les caractéristiques du dommage ne constituent pas le « noyau dur » de la définition, qui est portée, avant tout, sur l'incertitude du risque.

³⁴⁸² Voy. N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, *op. cit.*, pp. 175 et ss.

³⁴⁸³ L'auteur fait ici référence aux risques dont il est possible d'évaluer la probabilité ou dont le lien de causalité avec le dommage en cas de réalisation est scientifiquement prouvé. Ces risques sont sans conteste pris en compte par la règle de responsabilité.

responsabilité³⁴⁸⁴, et les risques incertains, qui se trouvent dans une zone intermédiaire entre les deux premiers. Ils sont ceux dont « la survenance demeure toujours controversée sur le plan scientifique », mais dont « il n'est pas déraisonnable d'envisager leur occurrence sur la base de certaines données même si celles-ci ne sont pas encore entièrement validées »³⁴⁸⁵. Ainsi, le risque incertain constitue le risque qui est déjà perçu par la science et dont l'hypothèse a fait l'objet d'une certaine vérification sans pour autant que les incertitudes scientifiques soient parfaitement élucidées — un risque qui n'est alors pas sans rappeler celui que l'on associe à la fusion nucléaire. Certes, ce dernier ne paraît pas totalement « virtuel », dès lors que l'on s'attend à ce qu'un événement de fusion nucléaire, parce que c'est du nucléaire, puisse occasionner des dommages. Il n'en demeure pas moins incertain quant à sa probabilité d'occurrence, laquelle le différencie du risque de fission nucléaire³⁴⁸⁶. Partant, ce risque doit être pris en considération par la règle de responsabilité, car inhérent à une activité « dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger »³⁴⁸⁷ et identifiable.

780. L'appréciation de l'incertitude *lato sensu* relative au dommage. Il faut ensuite considérer le risque *lato sensu*, c'est-à-dire conditionné par le dommage potentiel. Dans le cadre du principe de précaution, la jugulation des risques incertains impose de s'interroger sur l'opportunité même de ce besoin. L'attitude du décideur public est susceptible de varier en fonction de la probabilité de survenance du risque et surtout de la qualité du dommage résultant de sa réalisation : « [f]orce lui sera [ainsi] de conjurer les risques susceptibles d'être à l'origine de dommage grave en dépit de leur faible probabilité. Inversement, il lui paraîtra déraisonnable de vouloir déjouer un faible risque tout comme un risque élevé d'un dommage négligeable »³⁴⁸⁸. Bien que notre étude s'inscrive dans une logique de réparation et non de décision, il n'en demeure pas moins que les conséquences dommageables de la réalisation du risque incertain doivent être prises en considération dans cette appréhension du risque *lato sensu*. Certains droits étrangers et certaines propositions doctrinales, ayant retenu un critère relatif au potentiel significativement dommageable de l'activité comme un critère d'identification *ex-ante* de l'activité à risque, portent d'ailleurs la marque de cet objectif³⁴⁸⁹. Il en découle que la seule incertitude scientifique entourant un risque *stricto sensu* n'est dès lors pas suffisante à faire entrer le risque incertain dans le champ d'application de la règle de responsabilité si son potentiel dommageable s'avère *a priori* insignifiant. Cette appréciation reste néanmoins délicate dans la mesure où le potentiel dommageable peut inévitablement être soumis aux aléas de l'incertitude scientifique. Tel est le cas des activités de fusion nucléaire dont on ne peut aujourd'hui déterminer avec certitude la réalité ou la gravité des conséquences susceptibles de résulter de la réalisation de leur risque. Pourtant, on ne saurait remettre en cause qu'elles posent des difficultés qui

³⁴⁸⁴ L'auteur vise ici les risques hypothétiques reposant sur des considérations purement spéculatives sans aucun fondement scientifique. Ces risques devraient être exclus du principe général de responsabilité : « la spéculation, la conjecture, l'intuition, l'alerte, la dénonciation, ou la mise en cause ne suffisent pas à justifier » à eux seuls la soumission au régime de responsabilité.

³⁴⁸⁵ N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, op. cit., p. 176.

³⁴⁸⁶ Voy. à titre de comparaison CE, 3 octobre 2018, *Assoc. Observatoire du nucléaire*, n° 406243, *Inédit* concernant le refus de l'application du principe de précaution à l'égard du risque de fission en raison de la connaissance de l'occurrence d'un risque de rupture d'un réacteur.

³⁴⁸⁷ P. KOURILSKY, G. VINEY, « Le principe de précaution », op. cit., p. 215.

³⁴⁸⁸ Voy. N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, op. cit., p. 179.

³⁴⁸⁹ Voy. *supra* note 3458 et *infra*.

justifient qu'elles soient soumises à la règle de responsabilité, ne serait-ce qu'en raison du caractère « anonyme » entourant les circonstances de la réalisation du risque nucléaire.

Ainsi, l'on peut admettre que les difficultés du principe de précaution et de l'appréhension du risque *ex-ante* dans le cadre de la règle de responsabilité ne sont pas si différentes en pratique. Dans les deux cas, la question revient à évaluer le potentiel dommageable d'une activité. Sans préjudice de la prise en considération de la gravité *ex-post* des dommages et sans jamais remettre en cause l'application de la règle aux seuls dommages causés par le risque caractérisant l'activité³⁴⁹⁰, l'appréhension *ex-ante* du risque anormal ne peut donc pas se limiter à la seule question du potentiel dommageable d'une activité à risque. De surcroît, cette notion demeure ambiguë en raison de l'imprécision du terme dommage qui, dans le langage courant, est utilisé tant pour viser l'évènement dommageable dans l'ensemble de ses conséquences (ex : « le dommage catastrophique ») que l'atteinte portée à la victime. Ainsi, le dommage peut être significatif en raison de l'ampleur de l'évènement globalisé mais également de la gravité de l'atteinte individuelle qu'il matérialise, rendant toute appréhension du critère délicate. Cette relativité de la notion de gravité n'est pas sans susciter des critiques dans le cadre du principe de précaution³⁴⁹¹.

En définitive, le risque ne doit pas être nié sous prétexte d'incertitude. L'exploitant sera responsable dès lors qu'il savait ou qu'il avait eu les moyens de savoir que l'activité présentait un risque, même incertain. Le juge sera, de la même manière, autorisé à qualifier une activité comme étant à risque en dépit de cette incertitude. Réciproquement, les manifestations de l'incertitude ne pourront pas, à elles seules, justifier que l'on soumette une activité à risque à la règle de responsabilité. Dès lors, une importance tout à fait particulière doit être accordée tant à la définition du risque anormal qu'aux critères mis à la disposition du juge aux fins de la détermination de l'activité à risque.

781. Conclusion du §. Au terme de ce premier paragraphe, nous avons justifié le choix du recours à la notion cadre d'activité à risque en montrant l'intérêt de la notion de risque mais également d'activité. De même, il nous a été permis d'insister sur le critère de prévisibilité du risque anormal au sein de la règle de responsabilité sans pour autant le restreindre à l'excès : l'incertitude étant parfois le couvercle des plus grands dangers. Le temps est donc venu de conférer une véritable substance à cette notion-cadre.

³⁴⁹⁰ Voy *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2.

³⁴⁹¹ En effet, on a souvent fait référence dans ce cadre à un dommage grave ou/et irréversible. Or, les notions ont porter à la critique quand il est apparu qu'*in fine* que toute situation pouvait être à la fois réversible ou irréversible, et grave ou pas grave, la question étant in fine soumise à la subjectivité. Voy. pour exemple N. DE SADELEER, *Les principe du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, *op. cit.*, p. 182 soulignant « [qu']aux yeux du profane, la perte d'une espèce de fleur endémique d'une forêt tropicale paraîtra tout à fait insignifiante [...] Mais si l'espèce menacée de disparition recèle des potentialités pharmaceutiques inconnues à ce jour, les sociétés intéressées par sa commercialisation et les malades qui pourraient être guéris subiront un préjudice bien réel ». Dans le même sens, voy. F. EWALD, « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution » in O. GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, MSH, Paris, 1998, p. 110 questionnant « que faut-il entendre par dommages graves et irréversibles ? Toute lésion corporelle, pour ne pas parler de la mort, ne constitue-t-elle pas, pour celui qui la subit, un dommage grave et irréversible qu'aucune compensation ne pourra jamais réparer ? ». En sus toute situation irréversible revêt une certaine gravité, sans que le réciproque ne soit pour autant vraie. Par exemple, la pollution par hydrocarbure des mers constitue un dommage que l'on pourrait qualifier de grave. Pourtant l'expérience, nous a montré qu'il était parfois réversible. On notera d'ailleurs que l'auteur avait proposé de n'appliquer que le principe de précaution qu'au dommage prenant l'allure de catastrophe, ce qui n'est bien évidemment pas le cas de la règle de responsabilité : voy. F. EWALD, « La philosophie de la précaution », *op. cit.*, p. 396.

§2. La formulation de la notion-cadre d'activité à risque

782. Une formulation permettant une appréciation rétroactive. Au vu de l'intérêt, mais également des enjeux de l'utilisation d'une notion-cadre afin de déterminer *a priori* les activités à risque, telles que les activités de fusion, les contours de la notion doivent être déterminés avec soin. Il est périlleux d'apprécier rétroactivement les obligations d'une personne au regard de ce que l'on a appris postérieurement, car « face à un dommage réalisé, la démonstration qu'il était légitime de ne pas prendre en compte le risque est quasiment voué à l'échec »³⁴⁹². Pour cela, la formulation de la notion-cadre d'activité à risque revêt une importance fondamentale. Cette formulation qui se centre sur le risque ne doit cependant pas éluder les caractéristiques relatives à l'activité en elle-même.

783. Plan. Ainsi, c'est tant par le prisme du risque anormal caractérisant l'activité (A.) que par l'activité prise en elle-même (B.) qu'il s'agira de définir les contours de la notion-cadre.

A. La formulation par le prisme du risque anormal caractérisant l'activité

784. Plan. L'identification *a priori* du risque anormal dont la réalisation enclenchera l'application de la règle de responsabilité aux fins de la réparation des dommages susceptibles d'en résulter impose de pouvoir l'appréhender. S'il est admis qu'il y a cette idée d'un seuil de dangerosité que ce dernier doit dépasser, sa détermination relève donc d'une exigence certaine³⁴⁹³. Il est alors un premier élément permettant d'établir le seuil de l'anormalité du risque, qui réside dans l'impossibilité d'en empêcher la réalisation. Matérialisant l'idée selon laquelle plus la maîtrise rationnelle des risques s'accroît et s'affine, plus le danger acquiert un caractère d'inéluctabilité « sans solution clairement visible ni de la part du ciel ni de la part des hommes, ce qui revient à dire qu'il s'accroît objectivement »³⁴⁹⁴, ce premier critère soumis à l'étude (1.) peut cependant ne pas suffire. Pour cela, il convient d'établir des critères et indices susceptibles d'orienter le juge dans l'identification du risque anormal (2.).

1. La délimitation du risque anormal : le seuil de dangerosité

785. Le risque ne pouvant être éliminé par une « conduite normale »³⁴⁹⁵. Dans sa thèse consacrée à l'anormalité en droit de la responsabilité civile, Benjamin MÉNARD opère une systématisation des différents régimes spéciaux destinés à réceptionner les dommages causés par certaines activités en raison du risque qu'elles présentent. Il relève un trait commun entre ces dernières, lequel ne réside pas dans l'intensité du risque présenté³⁴⁹⁶, mais dans le fait qu'il ne « peut-être anéanti par une bonne conduite humaine : le danger est si élevé qu'il présente un caractère inévitable »³⁴⁹⁷. Il est vrai que les

³⁴⁹² A. ROUYÈRE, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques », *D*, 2007, p. 1537.

³⁴⁹³ Voy. M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 602.

³⁴⁹⁴ P. NÉMO, « De la providence au risque calculé » in *Actes du colloque ACADI sur la maîtrise des risques technologiques*, Londez, Paris, 1987 cité par G. SCHAMPS, *La mise en danger [...]*, *op. cit.*, p. 858

³⁴⁹⁵ B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 364.

³⁴⁹⁶ Voy. B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 204 relevant ainsi le choix politique fort opéré à cet endroit en soulignant que « la détermination de l'intensité du risque répond à une multiplicité de critères qui s'entremêlent et que le législateur arbitre ». Rapprochez F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vice et vertus des régimes spéciaux », *op. cit.*, p. 50 évoquant ainsi un « empirisme excessif » de l'intervention législative.

³⁴⁹⁷ B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, p. 208.

activités nucléaires ont apporté la preuve de la pertinence de ce critère quand ce risque échappe, en partie, à la diligence humaine et qu'en dépit de toutes les mesures mises en place, on ne peut le réduire à zéro. Les réacteurs nucléaires « doivent travailler en vase clos, sans aucune possibilité d'intervention humaine, ceci pendant des années grâce à des manœuvres automatiquement commandées par des réacteurs électrochimiques »³⁴⁹⁸ et sont aussi faillibles que les hommes qui les commandent. Quant à la fusion nucléaire, on ne peut pas encore l'appréhender avec suffisamment de certitude pour pouvoir affirmer en avoir la maîtrise, confirmant ainsi que l'impuissance peut résulter de l'état limité de la science et de la technique. Mais ce constat ne leur est pas exclusif : il s'applique également aux activités aériennes qui, en dépit d'une longue existence, connaissent des accidents qui montrent que l'homme n'a pas acquis la maîtrise parfaite du risque aérien. L'idée rejoint dans une certaine mesure celle exprimée *supra* d'un « accident », imprévu mais pas totalement imprévisible, dont on ne peut que *minimiser* la survenance.

Cette appréhension ne remet pas en question notre réticence à usiter du terme « accident »³⁴⁹⁹. D'une part, la compréhension du risque anormal qui énonce que sa réalisation soit soumise à une responsabilité *même sans faute*, ne saurait avoir de conséquences sur le fait que ladite réalisation ne soit que la manifestation de cette anormalité *per se* ou qu'elle soit *in fine* le résultat matériel d'une erreur humaine dont on ne saurait rapporter la preuve. D'autre part, et surtout, dire que le risque anormal est celui qu'on ne peut pas éluder entièrement par une « conduite normale » ne suppose qu'un seuil minimal de comportement. Cela ne signifie pas que, dans un monde parfait, sa réalisation ne peut pas être éludée : on ne peut que présumer le caractère « accidentel » de cette réalisation. Cela signifie simplement que l'on admet qu'on ne peut pas l'éliminer totalement. Autrement dit, cette anormalité du risque permet de marquer juridiquement le point de départ entre les activités intrinsèquement à risque et celles qui, *a priori* inoffensives, le deviennent qu'en raison du comportement de l'individu. En rappelant de la distinction opérée par le juge italien³⁵⁰⁰, on pourrait, à l'instar de Benjamin MÉNARD, renvoyer à l'exemple du pot de fleur énoncé à l'encontre de la théorie de RIPERT³⁵⁰¹. Ainsi le pot de fleur posé en équilibre sur le balcon ne présente pas un risque anormal et sa chute sur un passant ne peut résulter que de la négligence de son propriétaire.

786. Le critère d'appréciation de la « conduite normale ». Ce critère apparaît dans les travaux de la Commission du droit international³⁵⁰² et dans la plupart des projets et droits étrangers relatifs à la responsabilité du fait des activités à risque, sauf à l'article 2050 du Code civil italien car la

³⁴⁹⁸ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p.9

³⁴⁹⁹ Voy. *supra* note 1107.

³⁵⁰⁰ Comme déjà évoqué, une distinction est ainsi établie au sein du Code civil italien entre la *dangerosità de la conduite* et celle de *l'attività* : voy. pour exemple : Cass, Sez. civ. III, n°203 del 21.10.2005 ; G. ANNUZIATA, *Responsabilità civile et risarcibilità del danno*, *op. cit.*, emp. 8354 ; V.-G. BRIGANDI, *Attività pericolosa. Un classico tra i concetti normativi*, *Attività pericolosa. Un classico tra i concetti normativi*, *op. cit.*, emp. 63 et ss ; M. COLANGELO, *La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, *op. cit.*, emp. 279-294, 388.

³⁵⁰¹ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2, B, 1, b.

³⁵⁰² Voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 64, § 7 bien que visant là les mesures de préventions étatiques.

responsabilité y reste fondée sur la faute présumée³⁵⁰³. Formulée très tôt au sein de *First, Second et Third Restatement of the Law Torts*, on le retrouve donc également à l'article 5 : 101 des PETL, dans les propositions de Geneviève SCHAMPS et Laurène MAZEAU, et enfin dans l'Avant-Projet Suisse. Cependant, le critère fixant le seuil de cette « conduite normale » de l'exploitant apparaît changeant, visant tantôt une diligence raisonnable³⁵⁰⁴, une diligence nécessaire³⁵⁰⁵, la meilleure diligence³⁵⁰⁶ ou encore « toute la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée en la matière »³⁵⁰⁷. Ainsi, bien qu'une appréciation de l'anormalité du risque au regard de la capacité qu'a l'être humain de le maîtriser emporte l'assentiment de la doctrine, la fixation du seuil de cette maîtrise est en revanche l'objet de divergences. Poser un seuil d'exigence trop élevé pourrait réduire l'application de la règle de responsabilité³⁵⁰⁸. Néanmoins, il y a lieu de prendre en considération le fait que la responsabilité du fait des activités à risque doit trouver un fondement explicatif à même de justifier l'imputation de la réalisation de ce risque à l'exploitant. Or, sans préjuger des développements qui suivront, cette explication réside dans l'acceptation préalable par l'exploitant de la maîtrise d'une activité présentant un risque qu'il sait, en dépit de ses connaissances en la matière, ne pas pouvoir intégralement conjurer³⁵⁰⁹. Dès lors, la difficulté oscille entre protection des victimes, cohérence de l'institution et justification de l'imputation qui s'en suivra. C'est pourquoi, nous adhérons à l'idée de Geneviève SCHAMPS qui introduit un élément de subjectivité dans l'appréhension de la diligence raisonnable : elle est appréciée par rapport au comportement d'une personne normalement prudente de la même spécialité³⁵¹⁰. On retrouve *in fine* l'idée des rédacteurs de l'avant-projet suisse, pour qui la « spécificité du danger » doit être caractérisée « par un élément subjectif » se rapportant « aux aptitudes physiques, et notamment psychiques et intellectuelles [...] à la diligence supérieure d'une personne particulièrement avisée et formée dans la discipline concernée »³⁵¹¹. Les rédacteurs traduisent cette idée, peut-être moins rigoureusement, par le risque impossible à conjurer en faisant preuve de « toute la diligence *raisonnable exigible* et en adoptant les mesures de sécurité les plus perfectionnées »³⁵¹². Tel serait le cas de l'exploitant nucléaire, du moins celui de l'installation ITER qui est soumis à une réglementation rigoureuse de sécurité et de sûreté³⁵¹³. Cette prise en considération subjective permet de confirmer le rapport dialectique entre la faute et la responsabilité *même sans faute* du fait des

³⁵⁰³ Il en résulte que le risque véritablement incompressible n'est pas soumis à la règle de responsabilité. En revanche, on pourra souligner que le standard de diligence pour montrer l'absence de faute s'avère particulièrement élevé : voy. V.G. BRIGANDI, *Attività pericolosa*, op. cit., emp. 80 et M. COLANGELO, *La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, op. cit., emp. 1129 ou encore *Relazione al Ministro Guardasigilli al codice civile*, 1943, n°975 : « [trad] [d]ans l'exercice d'activités dangereuses, la prévisibilité du dommage est *in re ipsa* et le sujet doit agir en tenant compte du danger pour les tiers [...] et le devoir d'éviter le dommage [...] devient plus rigoureux lorsqu'il opère avec la nette anticipation de sa responsabilité ».

³⁵⁰⁴ Voy. *Restatement of the Law Second, Torts*, § 520 et *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20 visant « the exercise of reasonable care », G. SCHAMPS, *La mise en danger [...]*, op. cit., p. 857-859 visant des mesures de « précautions raisonnables » et L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 40-41 visant la « diligence raisonnable ».

³⁵⁰⁵ Voy. PETL, art. 5 : 101

³⁵⁰⁶ Voy. *First Restatement of Tort Law*, § 520 visant « the utmost care ».

³⁵⁰⁷ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification de la responsabilité civile*, op. cit., art. 50.

³⁵⁰⁸ Voy. en ce sens G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 860 et dans le même sens L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 41.

³⁵⁰⁹ Voy. *infra* Section 2, § 2.

³⁵¹⁰ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger [...]*, op. cit., p. 860

³⁵¹¹ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification de la responsabilité civile, rapport explicatif*, op. cit., p. 142

³⁵¹² *Ibid.*

³⁵¹³ Voy. Décret n° 2012-1248 du 9 novembre 2012 autorisant l'Organisation internationale ITER à créer une installation nucléaire de base dénommée « ITER » sur la commune de Saint-Paul-lez-Durance (Bouches-du-Rhône), op. cit.

activités à risque, dans le sens que la seconde ne se justifie qu'au-delà des limites de la première et que l'anormalité du risque ne sera pas « disqualifiée par la démonstration que toutes les mesures de prévention ont été prodiguées »³⁵¹⁴. Elle laisse dans le même temps une certaine latitude au juge, lequel pourrait ainsi être invité à ne pas apprécier trop rigoureusement le standard.

Si cette prise en considération permet de tracer une première démarcation par rapport aux activités qui ne seraient pas susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la règle de responsabilité, le simple fait que le risque ne peut être entièrement éliminé par des mesures de diligences raisonnables ne suffit pas à le caractériser. Elle permet assurément d'opérer une première distinction avec d'autres hypothèses dommageables suffisamment assurées par une responsabilité civile fondée, par exemple, sur la faute. Mais l'application de la règle de responsabilité requiert que le risque réponde à d'autres critères objectifs, et notamment ceux susceptibles d'insister sur sa dangerosité intrinsèque et de guider le juge dans sa qualification. Le risque incompressible ne peut en lui-même matérialiser l'anormalité appelant qu'on y consacre une règle de responsabilité *même sans faute* susceptible de rétablir l'équilibre rompu par le dommage causé.

2. L'identification du risque anormal : les critères de dangerosité

787. La détermination de critères de dangerosité. Que le risque anormal puisse recevoir un premier élément de définition tenant dans l'impossibilité d'en conjurer le danger ne doit pas éluder le fait que le risque incompressible suppose dans le même temps l'établissement de certains critères de dangerosité. Cette exigence se retrouve d'ailleurs dans la plupart des propositions opérées laissant apparaître à cet endroit le dénominateur commun qu'est l'ampleur d'un évènement dommageable conjugué à la probabilité de sa réalisation. Cette énumération, si elle constitue certainement un critère pertinent, s'avère cependant insuffisante à délimiter le risque anormal.

788. Plan. D'une part, sans précisions supplémentaires, notamment pour ce qui concerne la compréhension du dommage, cette énumération ne rend pas compte de l'intérêt de la règle de responsabilité (a.). D'autre part, elle ne suffit pas à aiguiller le juge dans son appréhension du risque, dont l'analyse doit être guidée par l'établissement d'indices supplémentaires (b.) ou confirmée par le recours à l'analogie (c.).

a. L'identification sommaire par l'établissement d'un critère objectif

789. Des critères résultant de la définition du risque. La notion de risque, qui englobe la notion de danger, constitue « la résultante du produit de la probabilité ou la fréquence d'un accident multiplié par la gravité des conséquences de cet accident »³⁵¹⁵. Ainsi, le risque anormal apparaît classiquement comme le risque dont la réalisation fréquente peut emporter des conséquences dommageables significatives mais limitées, ou comme celui dont la réalisation rare peut emporter un dommage grave. Placées en abscisse et en ordonnée, la gravité des conséquences de l'évènement dommageable et sa

³⁵¹⁴ B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 365

³⁵¹⁵ L. GILLON, « Contraintes et risque technologique » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 16.

fréquence de réalisation constituent des indices d'appréciation du risque mobilisés dans les droits étrangers et les propositions doctrinales. Pour exemple, les travaux de la Commission du droit international retiennent une définition de l'activité dangereuse comme celle présentant « une faible probabilité de causer un dommage transfrontière catastrophique *ou* une forte probabilité de causer un dommage transfrontière significatif »³⁵¹⁶. L'article 5 : 101 des PETL inspiré du *Third Restatement of Torts*³⁵¹⁷ dispose également que l'activité à risque est celle qui, entre autres critères, crée « un risque prévisible et hautement significatif de dommage [...] eu égard à la gravité *ou* à la probabilité du dommage »³⁵¹⁸. Enfin, ces critères se retrouvent également au sein de l'avant-projet suisse visant les activités susceptibles de « causer de fréquents ou de graves dommages »³⁵¹⁹. Renvoyant autant à la fréquence qu'à la gravité du dommage, ces critères apparaissent néanmoins insuffisants dans le cadre de notre étude.

790. Plan. Éminemment relatifs et imprécis, ils ne sauraient en effet suffire à déterminer le risque anormal (i.) commandant alors d'établir un critère plus général, à tout le moins plus souple, à partir duquel il serait possible de mobiliser des indices complémentaires (ii.).

i. L'inadéquation des seuls éléments de définition du risque

791. L'insuffisance du critère de la fréquence. De longue date, il est avancé que l'appréhension d'un risque peut s'opérer par une logique fréquentiste, et que la notion d'activités à risque ne doit dès lors comprendre que celles qui causent ou sont susceptibles de causer des « accidents » fréquents. Théorie chère à ceux qui ont tenté de théoriser la notion de chose dangereuse, ce critère matérialise l'idée selon laquelle il n'y aurait que de l'expérience répétée de « l'accident » que naîtrait la connaissance et le sentiment de danger, justifiant que l'on appréhende ces activités de façon particulière³⁵²⁰. On peut comprendre aisément qu'un risque dont on est certain qu'il ne se réalisera jamais n'est pas un risque. Pourtant, définir le risque anormal ne paraît pas pouvoir s'entreprendre par le prisme dominant de la fréquence suivant cette idée que « l'anormalité sera d'autant plus facilement retenue pour un risque dont le dommage se réalise à intervalles réguliers [car] plus la probabilité que le dommage se réalise

³⁵¹⁶ Voy. CDI, « Projet de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activité dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, comm. sous principe 1, p. 65, § 9 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger [...]*, *op. cit.*, p. 862

³⁵¹⁷ *Restatement Third of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20: "A risk of physical harm is deemed "highly significant" if any of the following is true: (1.) the likelihood of physical harm is unusually high, even though the severity of that harm is ordinary. For example, using explosives in a residential neighborhood is very likely to result in physical harm, but the harm may be limited, in most cases, to moderate property damage; (2) the likelihood of physical harm is relatively low, but the severity of the potential harm is very high". On remarquera que cette alternative est également présente, bien que moins clairement exposée dans le *Restatement of the Law Second, Torts*, § 520 : « [i]n determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered: (a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land, or chattels of others; (b) likelihood that the harm that results from it will be great".

³⁵¹⁸ PETL, art. 5: 101 et B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses » in O. MORETEAU (dir), *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Paris, Société des législations comparées, 2011, p. 154 soulignant ainsi « [qu']il existe deux facteurs qui sont extrêmement important : la fréquence d'une part, et la gravité du dommage qu'il peut causer d'autres part ».

³⁵¹⁹ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, art. 50.

³⁵²⁰ Voy. en ce sens P. ESMEIN, note sous Cass. civ., 21 février 1927, *Jand'heur*, D., 1927, I., p. 97, p. 138 et Cass. civ., 25 juillet 1927, p. 89 ; P. VOIRIN, « La notion de chose dangereuse », D., 1929, chron. pp. 1 et ss nuancer par H. MAZEAU, « La faute dans la garde », *RTD Civ.*, p. 814-815 qui, au demeurant opposé à une telle théorisation, avait toutefois pu admettre que « nul n'aurait songé à appliquer l'article 1384§1 aux automobiles, si la multiplicité des accidents n'avaient pas fait apparaître le danger ». Voy. plus généralement sur cette approche fréquentiste, D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, *op. cit.*, sp. pp. 55 et ss, et sp. p. 317.

est élevée, plus le risque devra faire l'objet d'une attention particulière »³⁵²¹. Il ne s'agit pas pour s'en convaincre de reprendre l'exemple des accidents de la circulation cités par l'avant-projet suisse³⁵²². Outre que ces derniers se trouvent déjà concernés par une règle de responsabilité, ils ne répondent pas à la *ratio legis* de la règle ici envisagée. En dehors de la difficulté à le considérer comme porté par une activité au sens de la règle de responsabilité³⁵²³, le risque routier ne constitue pas (encore³⁵²⁴) ce risque en lui-même incompressible exposant des victimes innocentes aux mystères de la science et justifiant que la responsabilité soit recherchée *même sans faute*³⁵²⁵. Il constitue en ce sens un faux exemple de l'activité à risque. Aussi, il s'agira surtout considérer que le critère de la fréquence peut s'avérer insuffisant à circonscrire le risque anormal.

Si la règle vise avant tout à protéger les individus contre les atteintes les plus graves que peut leur porter la technologie, l'activité présentant un risque à la réalisation fréquente et incompressible, mais un potentiel dommageable nul ou insignifiant, n'aurait que peu de place au sein de la règle de responsabilité. Le critère de la forte probabilité pris isolément n'est donc pas décisif. De plus, ce critère s'avère somme toute relativement imprécis. Envisagé à l'excès, il pourrait même questionner la pertinence d'une règle de responsabilité *même sans faute*. Au souvenir des travaux de la Commission du droit international³⁵²⁶, il est en effet peu opportun de limiter la règle de responsabilité *même sans faute* à une activité présentant un risque à la réalisation hautement probable combiné à une potentialité dommageable forte. Dans ce cas, c'est presque la licéité de l'activité en elle-même que l'on peut remettre en cause, autorisant alors à rechercher la faute de celui qui l'aurait entreprise ou, le cas échéant, de celui qui l'aurait autorisée. Certes, on peut imaginer qu'une telle activité soit tolérée par l'ordre juridique étatique s'il elle s'avère à ce point utile qu'on peut en accepter la dommageabilité quasi-permanente. De plus, l'exercice illicite d'une activité, voire son illicéité intrinsèque, ne doit remettre en cause l'application de la règle de responsabilité tant il serait choquant que, dans un cas de ce genre, on écarte la responsabilité *même sans faute* sous prétexte que l'activité serait illicite ou contestable, et que l'on oblige la personne lésée à prouver la faute – fut-elle déductible de l'existence même de l'activité. Au stade de l'analyse des critères permettant de déterminer ce que constitue une activité à risque, ce point mérite attention. Il est en effet suffisant pour considérer que la forte probabilité de la réalisation d'un risque ne peut déterminer de façon pertinente le risque anormal. La fréquence ne peut être un critère décisif car elle risque d'exclure nombre d'activités susceptibles d'être concernées par la règle, telles que les activités de fusion nucléaire. À l'excès, elle peut remettre en cause la justification de la règle de responsabilité.

³⁵²¹ B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 366.

³⁵²² P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, op. cit., p. 141.

³⁵²³ Voy. *infra* B.

³⁵²⁴ La question pourra peut-être se poser pour les véhicules autonomes qui rapprochent le risque routier avec celui de machine « fonctionnant en vase clos » et susceptible d'emporter plus de défaillance technique en a témoigné un accident récent impliquant la conduite d'une Tesla 3 aux circonstances encore obscures.

³⁵²⁵ Si tout un chacun conduisait avec la meilleure diligence, la circulation routière serait certainement moins mortelle.

³⁵²⁶ On pourra de nouveau ici rapprocher cette question du débat ayant eu lieu à la Commission du droit international concernant les activités dites « nocives » : voy. *supra* note 2955.

792. L'imprécision du critère de la potentialité dommageable. Par alternative au critère de la fréquence, l'on renvoie également à la gravité du dommage, c'est-à-dire à la potentialité dommageable du risque. Suivant cette idée que « [l]'effet combiné de la probabilité qu'un accident se produise et de l'ampleur de l'impact dommageable ainsi causé fait de ces activités [à risque] une catégorie à part »³⁵²⁷, la rareté de la réalisation du risque suivant son établissement statistique doit être inversement proportionnelle à la gravité de ses conséquences. Autrement dit, la faible probabilité d'occurrence conjuguée à une forte intensité dommageable permet d'appréhender de manière idoine le risque anormal³⁵²⁸. Il y a là certainement une conjugaison permettant effectivement de cerner la difficulté à anticiper le risque et à le maîtriser. La connaissance s'appréhendant par l'expérience, la rare réalisation d'un risque au fort potentiel dommageable peut laisser présumer tant du caractère sibyllin de la réalisation du risque que de sa dangerosité intrinsèque. Pour cela, on peut admettre que le risque anormal peut se caractériser par une faible probabilité de réalisation et une forte intensité *éventuelle* de ses conséquences³⁵²⁹. Mais, outre la difficulté à cerner ce que représente « une faible probabilité », cela suppose surtout que l'on s'accorde sur la compréhension du critère de l'intensité dommageable. À la lecture des diverses dispositions et propositions formulées, il est une ambiguïté et une ambivalence certaine de la potentialité dommageable, la notion oscillant entre la portée de la réalisation du risque et la gravité des préjudices subis individuellement. Ainsi, dans la logique de l'avant-projet suisse, la gravité du dommage ne semble pas viser sa gravité qualitative mais bien quantitative, assimilant alors le « dommage » à la portée de la réalisation du risque. Plus encore, la gravité semble y être relative au nombre de personnes simultanément atteintes³⁵³⁰. Or, s'il s'agit là de prendre en considération l'ampleur des conséquences du risque anormal apprécié *ex-ante*³⁵³¹, le critère présenté ne paraît pas adéquat. D'une part, il peut être des événements de grande ampleur sans que soit simultanément touché un grand nombre de personnes. Parce que la réalisation de certains risques, comme le risque nucléaire, suppose des dommages différés et stochastiques, les « dommages de masse » peuvent ainsi autant résulter d'un événement catastrophique collectif que se dessiner de façon

³⁵²⁷ CDI, « Projet de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activité dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, comm. sous principe 1, § 2.

³⁵²⁸ Voy. sp. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 41.

³⁵²⁹ Voy. outre les droits ayant retenu cette alternative cité note *supra*, L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 41. De même, en droit italien, une activité à risque « pourrait être celle dont la probabilité de réalisation des dommages est faible pour autant que ceux-ci soient très graves » ou qui présente « un fort potentiel offensif » (« *spiccata potenzialità offensiva* ») : voy. FRANZONI, *Commentario del codice civile. Fatti illeciti, Art. 2043-2059*, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 494 référencé par G. SCHAMPS, *La mise en danger* [...], *op. cit.*, p. 41 et Cass. 27 juillet 1990, *Mass. Foro it.*, 1990, n°7571 et plus généralement G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, pp. 40-43 ; V. G. BRIGANDI, *Attività pericolosa* [...], *op. cit.*, emp. 54 et ss, et M. COLANGELO, *La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, *op. cit.*, emp. 395.

³⁵³⁰ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, *op. cit.*, p. 141 *contra* B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 366 semblant voir là une appréciation qualitative du dommage.

³⁵³¹ Rappelons que ce critère apprécié *ex post* s'inscrirait en faux avec l'exigence d'une appréciation générale et abstraite de la dangerosité potentielle de l'activité : une activité anodine pouvant toujours, sous l'effet de certaines circonstances, être à l'origine d'un dommage considérable mais dont la survenance nouvelle serait invraisemblable comme vu *supra* § 766. Or cela avait été bien rappelé par les auteurs suisses qui considèrent ainsi que « [l]e caractère spécifiquement dangereux d'une activité doit évidemment s'apprécier de façon générale et abstraite : ce n'est pas parce que - dans des circonstances extraordinaires et dont il est improbable qu'elles se reproduiront - une activité en soi anodine a causé un dommage considérable, qu'on la soumettra une fois pour toutes au régime de la responsabilité objective ; inversement, le fait que - grâce à un heureux hasard - une activité intrinsèquement dangereuse n'ait produit que de rares accidents relativement bénins, ne devra pas empêcher le juge de la qualifier selon son réel potentiel dommageable » : P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, *op. cit.*, pp. 141-142.

sérielle³⁵³². Or si les premiers – caractérisés par un nombre important³⁵³³ de victimes pour un évènement unique – représentent bien souvent l’apanage du risque technologique³⁵³⁴, les seconds ne sauraient rester ignorés. Se manifestant chez des individus dispersés sans unité de temps ou de lieu, ces dommages restent néanmoins susceptibles d’être solidarisés autour d’un fait générateur unique que constitue la réalisation d’un risque technologique à l’instar du risque nucléaire³⁵³⁵. D’autre part, ce seul critère de l’ampleur peut revenir à exclure certaines activités présentant un risque singulier, mais dont la réalisation est peu susceptible de toucher simultanément ou séparément un grand nombre de personnes. Tel pourrait être le cas du risque nucléaire de fusion dont on ne sait, en l’état des connaissances scientifiques, évaluer avec précision l’ampleur des dommages susceptibles d’être occasionnés, mais dont on craint qu’il puisse affecter gravement les individus. Or, l’avant-projet suisse mis à part, une incertitude subsiste concernant ce critère. Si Laurène MAZEAU fait référence à l’intensité de l’atteinte (éventuelle) dans le sens du nombre élevé de victimes, elle n’exclut pas la gravité des dommages touchant ces dernières individuellement, qui semble apparaître comme un critère à part entière³⁵³⁶. La même ambiguïté ressort des propos de Geneviève SCHAMPS, qui, bien qu’insistant sur la nécessité de protéger les victimes contre les atteintes susceptibles d’être portées à leur intégrité physique, considère dans le même temps la pertinence du « nombre élevé de préjudices »³⁵³⁷. Cette notion fait l’objet de moins d’ambiguïté au sein des PETL inspiré par le *Restatement of Tort Law*, lequel vise un critère qualitatif du dommage subi individuellement³⁵³⁸. En visant le risque « hautement significatif de dommage », les rédacteurs renvoient à l’hypothèse d’une situation « de danger extraordinaire »³⁵³⁹ résidant dans « la valeur des intérêts lésés au sein du système juridique [...] par exemple le droit à la vie ou le droit à l’intégrité corporelle »³⁵⁴⁰. Benjamin MÉNARD, est peut-être celui qui adopte la position la plus claire en distinguant explicitement les trois critères que constituent la probabilité et la portée du risque, ainsi que la gravité du dommage³⁵⁴¹. Or ce qu’il

³⁵³² Voy. sur cette compréhension du dommage de masse A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 4 incluant ainsi dans cette définition tant les dommages catastrophiques que sériels, ces derniers pouvant être considérés comme « un coup de théâtre différé ». Dans le même sens, bien que plus nuancé, voy. C. LIENHARD, « Pour un droit des catastrophes », *D.*, 1995, chron. p. 91.

³⁵³³ Sans qu’on puisse encore le déterminer : voy. C. LIENHARD, « Pour un droit des catastrophes », op. cit. et *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2.

³⁵³⁴ Si la rédaction de l’article 1362 du projet CATALA ou encore la loi du 30 juillet 2003 en témoigne, ce sont encore ce type de dommage qu’envisage la directive dite « Seveso 3 » : voy. *Directive n° 2012/18/UE du 04/07/12 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil, JOUE*, n° 197 du 24 juillet 2012, pp. 1-37.

³⁵³⁵ Ainsi, le risque sériel suppose qu’à un certain moment, la répétition d’un évènement dommageable est identifiée et peut être rattachée à un fait générateur unique qui en assure la solidarité : voy. M-F. FEUERBACH-STEINLE, « Le droit des catastrophes et la règle des trois unités de temps de lieu et d’action », *PA*, 28 juillet 1995, p. 10 ou encore D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, op. cit., p. 458.

³⁵³⁶ Voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 41-42 et comparez § 18 et § 19.

³⁵³⁷ G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., pp. 866-867.

³⁵³⁸ Ainsi le *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20, qui inclue le risque faible conjugué à la « severity of the potential harm » semble viser le « highly significant risk of physical harm » dans sa dimension purement individuelle : voy. Legal Information Institutes, « Abnormally Dangerous Activity », Cornell Law School. De nouveau, la formule apparaît moins claire dans le *Restatement of the Law Second, Torts* se bornant à considérer que le dommage doit être « great ». Il semble néanmoins à la lecture de la disposition dans son ensemble visant au premier alinéa le « risk of some harm to the person, land, or chattels of others » qu’on puisse en déduire une approche qualitative du dommage subi individuellement.

³⁵³⁹ P. WIDMER, « La responsabilité pour choses et activités dangereuses dans les projets européens » in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d’harmonisation*, op. cit., p. 261.

³⁵⁴⁰ B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », op. cit., p. 154.

³⁵⁴¹ Et bien que s’étant risqué à comparer les risques présentant une faible probabilité et « des dommages très graves », tels que les accidents d’avion et les accidents nucléaires, et les risques présentant une forte probabilité mais un potentiel dommageable moins important, tel les accidents de la circulation, ce dernier semblait être plus clair sur le fait que ces derniers pouvaient « ne pas nécessairement occasionner des dommages d’une forte intensité » (nous soulignons), renvoyant ainsi, selon nous, davantage à la gravité du dommage qu’à sa portée : voy. B. MÉNARD, *L’anormalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., pp. 366-367 et comparez avec la rédaction de l’avant-projet suisse.

faut comprendre de cette analyse n'est pas tant l'ambiguïté dont font preuve les auteurs, que la difficulté à appréhender la notion de risque anormal. La probabilité et la portée du risque ou la gravité des dommages potentiels sont assurément trois critères dont la combinaison est importante pour déterminer son anormalité, mais dont on ne peut pousser la mobilisation. La détermination d'un seuil ou d'une limite à dépasser pour chacun de ses critères n'est en effet pas possible.

ii. Une compréhension adéquate des éléments de définition du risque

793. La combinaison variable de trois critères objectifs. Il est ressorti de l'étude conduite ci-devant une véritable difficulté à identifier les critères du risque anormal eu égard à sa dangerosité. Certes, le critère de la probabilité et le critère de la potentialité dommageable participent à délimiter un espace du risque anormal en deux dimensions, voire en trois dimensions si l'on s'accorde à distinguer au sein de la potentialité dommageable, la gravité potentielle des dommages subis et la portée éventuelle de la réalisation du risque. Mais ces trois critères, s'ils offrent une mesure synthétique du risque anormal, peuvent encore voire leur combinaison divisée en sous-ensembles autorisant à obtenir plusieurs classifications. Sûrement, il est des situations insusceptibles de créer le doute. Ainsi, une activité contenant un risque présentant à la fois une forte probabilité de réalisation et une large portée ainsi qu'une grave potentialité dommageable sera inexorablement une activité à risque, si elle n'en devient pas même illicite. À l'inverse, une activité contenant un risque présentant une faible probabilité d'occurrence, une faible portée et une potentialité dommageable insignifiante ne saura être considérée comme telle. Néanmoins, il est, entre ces extrêmes, des situations moins évidentes. Un risque susceptible de fortement se réaliser et d'atteindre un grand nombre de personnes mais de manière insignifiante peut-il être considéré comme plus anormal que celui dont la réalisation plus faible pourrait atteindre moins d'individus mais serait susceptible de les atteindre dans leur chair ? Cette difficulté d'établir de façon générale et abstraite les degrés des critères permettant de définir l'anormalité du risque doit pouvoir être compensée par d'autres éléments à même de simplifier la tâche du juge. Si ces éléments peuvent correspondre en un certain nombre d'indices non exhaustifs, ils peuvent également résider dans la *ratio legis* de la règle de responsabilité.

794. Une redéfinition des critères d'appréhension du risque. Notamment parce qu'elle doit coexister avec les autres règles du droit commun de la responsabilité civile, la finalité de la règle recherchée est de réceptionner, parmi d'autres, les dommages causés par des activités à risque telles les activités de fusion nucléaire. Or, la première particularité de ces activités réside dans le fait que le risque est *présent* dans leur fonctionnement normal, celui-ci n'est pas supposé se réaliser dans le fonctionnement normal : le risque est latent, il est permanent, mais sa réalisation n'est pas permanente. Il faut donc garder à l'idée que si le risque anormal peut effectivement constituer un risque dont la réalisation apparaît exceptionnelle, cela ne veut pas dire qu'il ne se réaliserait qu'une fois le centenaire. La référence à la probabilité doit servir à matérialiser l'idée que la réalisation du risque résulte avant tout d'un dysfonctionnement non imprévisible de l'activité qui pourrait aussi trouver son origine dans une faute humaine ou dans le risque incompressible et mystérieux inhérent à l'activité en elle-même. A

fortiori, seule la justice voudrait que l'activité causant de graves dommages dans son fonctionnement normal, soit couverte par la règle. Parce qu'elle questionnerait sa licéité, elle n'en serait cependant pas l'objet principal, mais un objet par extension. Ensuite, il semble important de justement rappeler cette idée que le risque, s'il venait à se réaliser, pourrait éventuellement être particulièrement dommageable. Indépendamment des conséquences réelles, il doit présenter cette capacité intrinsèque à atteindre les victimes dans leur intégrité physique ou psychique, ou dans leur propriété. Quant au critère relatif à la portée du risque comme visant un nombre élevé de victimes potentielles, il est relativement ambivalent. Parce qu'il est un élément essentiel de la définition du risque, on ne saurait toutefois l'écartier. Sans ce critère, le danger serait alors prégnant d'inclure des risques dont la réalisation peut entraîner des dommages graves, mais qui seraient susceptibles de dénaturer la portée que nous souhaitons conférer à la règle de responsabilité. Si nous avons plaidé en faveur d'une règle au champ d'application souple et évolutif, il ne s'agit pas pour autant de tomber dans le travers où toute activité présentant intrinsèquement un risque dont la réalisation peut causer des dommages graves serait une activité à risque³⁵⁴². Pour cela, un élément peut éventuellement être mobilisé pour relire le critère de la portée du risque sans envisager, même *ex ante*, une analyse comptable des victimes : il s'agit de celui du trouble à l'ordre public. Non sans rappeler l'article L511-1 du *Code de l'environnement*, le projet TERRÉ ou le droit pénal³⁵⁴³, le trouble à l'ordre public, même s'il est susceptible de définitions multiples³⁵⁴⁴, confère une dimension qualitative intéressante à la portée du risque, en insistant sur l'idée que la réalisation du risque présente cette faculté de porter atteinte à la paix sociale. De même, vis-à-vis de l'article L593-1 du Code de l'environnement concernant les installations nucléaires de base³⁵⁴⁵, même si un évènement nucléaire de fusion est réputé ne pas devoir atteindre un grand nombre de victimes, on est en droit de s'attendre à ce qu'il provoque un trouble à l'ordre public certain en imposant, par exemple, que soient prises un certain nombre de mesures administratives. Dès lors, même si la réalisation du risque ne porterait atteinte qu'à un nombre réduit de personnes, elle pourrait toutefois en affecter, indirectement, un plus grand nombre³⁵⁴⁶. Enfin, et surtout, le potentiel dommageable qui caractérise le risque anormal doit s'apprécier par rapport à son support. Par exemple, les activités de fusion nucléaire supposent la maîtrise d'un phénomène nucléaire et la

³⁵⁴² Sans anticiper sur le critère relatif aux fins poursuivies par l'activité ou au critère délicat de la pratique commune, l'exploitation d'auto-tamponneuses destinées aux enfants peut constituer une activité présentant un risque intrinsèque de causer des dommages graves. Tel était du moins l'avis du juge italien : voy. Pret. Milano, 12 janvier 1971, *Foro. Pad.*, 1971, I, 929. De même, ce dernier avait pu considérer que l'exploitation d'une écurie constituait une activité à risque : App. Catania, 26 mars 1982, n°273, *Riv. Dir. Sport.*, 1982, 192 ; Cass., 11 février 1994, n°1380, *Resp. civ. prev.*, 1995, 327. Cet exemple est néanmoins plus délicat car l'animal, s'il matérialise le risque incompressible, n'est pas un risque technologique auquel on peut attribuer « un dysfonctionnement » de l'activité. Elle questionnerait de plus sur l'acceptation du risque existant en matière de pratique sportive. On notera d'ailleurs que les rédacteurs de l'avant-projet suisse visaient également un large panel d'activités susceptibles, parmi lesquelles se trouvaient les activités sportives ou les installations dangereuses tels « piscines, stades ou parcs d'attraction » : voy. P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif, op. cit.*, pp. 145-146.

³⁵⁴³ En droit pénal, le trouble à l'ordre public est en effet un élément justifiant à la détention provisoire, et servant ainsi à la détermination d'un certain seuil de risque dont la comparaison peut ici apparaître pertinente : voy. *Code de procédure pénale*, art. 144, al. 7.

³⁵⁴⁴ Eu égard notamment à la notion diversifiée de l'ordre public : voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2.

³⁵⁴⁵ CE, 11 avril 2019, n°413548, *Greenpeace France, op. cit.* ; *Code de l'environnement*, art. L593-1 : « Les installations nucléaires de base énumérées à l'article L. 593-2 sont soumises au régime légal défini par les dispositions du présent chapitre et du chapitre VI du présent titre en raison des risques ou inconvénients qu'elles peuvent présenter pour la sécurité, la santé et la salubrité publiques ou la protection de la nature et de l'environnement ».

³⁵⁴⁶ Et à l'inverse, l'on ne saurait s'attendre à cela pour le cas d'un accident survenant sur une exploitation d'auto-tamponneuse pour enfant.

manipulation de substances réputées dangereuses³⁵⁴⁷. Elle occasionne également des transports susceptibles d'exposer une population plus large ou plus diffuse à ce risque « générique »³⁵⁴⁸. En bref, l'activité de fusion nucléaire est un exemple d'une activité dont l'organisation, le fonctionnement et les éléments qu'elles nécessitent lui confèrent génériquement une propension à engendrer des dommages graves et/ou susceptibles de troubler significativement l'ordre public, et ce en dépit de la meilleure diligence. Si ici se dessine une première définition du risque anormal, il apparaît également, derrière ces éléments d'appréhension du risque, des indices permettant d'affiner le socle général établi. Certains d'entre eux recevraient d'ailleurs une place si prépondérante qu'on pourrait presque déduire de leur unique existence, la qualification de l'activité comme étant à risque.

b. L'identification approfondie du risque par des indices non exhaustifs

795. Plan. Par-delà les critères objectifs permettant l'appréhension du risque, plusieurs indices d'appréciation du risque ont été dégagés en doctrine afin de déterminer la dangerosité d'une activité, qu'ils soient endogènes (i.) ou exogènes à l'activité (ii.).

i. Les indices prioritaires et endogènes à l'activité.

796. Un indice apparent : l'ésotérisme de l'activité. Pour Geneviève SCHAMPS, l'un des indices prioritaires d'identification de l'activité à risque réside dans l'impuissance des personnes lésées à inviter le juge à tenir compte de leur ignorance éventuelle et/ou de leur incapacité à prévenir la réalisation du risque ou d'en éviter les conséquences dommageables³⁵⁴⁹. Certainement, ces considérations sont sous-jacentes à la plupart des régimes de responsabilité appréhendant le risque, et elles sont un point fondamental de notre étude du régime de responsabilité civile nucléaire³⁵⁵⁰. Néanmoins, cette impuissance n'est autre que la résultante de certaines caractéristiques propres aux activités à risque, qui en constituent les véritables indices prioritaires d'identification. L'ésotérisme du fonctionnement de certaines activités comme les centrales nucléaires, le fait que certains événements dommageables puissent relever « de mécanismes inattendus et passablement mystérieux »³⁵⁵¹ dès lors qu'ils ne convoquent pas des problèmes de sécurité nationale, ou le caractère insidieux de certaines substances telles les matières radioactives, constituent autant de facteurs qui participent en amont à cette impuissance des victimes, qui serait celle des victimes du risque nucléaire de fusion. Ils justifient, comme nous l'avons démontré *supra*, que ce statut leur soit officiellement reconnu et qu'elles bénéficient de ces facilités pour engager une responsabilité³⁵⁵². Réciproquement, ils constituent autant de facteurs qui exacerbent le caractère incompressible du risque et qui imposent que la responsabilité

³⁵⁴⁷ Certes, le tritium se trouve en l'état actuel de la science considérée comme une matière peu dangereuse. Elle n'est néanmoins pas, nous l'avons vu, la seule matière dangereuse utilisée dans les activités de fusion et devrait autoriser à faire primer le doute dans une logique de « précaution » : voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 2.

³⁵⁴⁸ CDI, « Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par Julio Barboza », *op. cit.*, p. 52, § 13 pour qui le risque générique devait ainsi viser celui dont la prévisibilité ne concerne pas un cas spécifique « mais des cas génériquement prévisibles, comme, lorsqu'en raison des instruments ou des matières utilisés, il est possible de prévenir que, quel que soit le soin apporté à leur emploi, des sinistres se produiront statistiquement ».

³⁵⁴⁹ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, p. 877.

³⁵⁵⁰ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1.

³⁵⁵¹ J.-M. RAINAUD, *Le droit nucléaire*, *op. cit.*, p. 117.

³⁵⁵² Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1 et Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2.

soit reportée sur l'exploitant³⁵⁵³. En réalité, ces facteurs constituent des indices à la disponibilité du juge, parce qu'ils sont révélateurs d'un risque anormal susceptible de naître du fonctionnement de l'activité la rendant dangereuse en raison de l'interaction des moyens qu'elle mobilise.

797. Un indice véritable : les éléments de l'activité. Pour cela, les indices qui peuvent être prioritairement pris en compte par le juge sont relatifs aux moyens que suppose l'activité pour son fonctionnement. En effet, tant la nature des instruments, des éléments ou des substances utilisés, que les procédés mis en œuvre sont des éléments participant à la création d'un risque anormal³⁵⁵⁴. Bien souvent, le risque anormal naît de la mobilisation de ces derniers dans un ensemble, autrement dit de leur interaction : le tritium n'est pas dangereux à l'état naturel mais qui sait le risque que sa mobilisation au sein d'un réacteur de fusion présentera ? À ce moment-là, il importera peu que le risque anormal résulte de la dangerosité intrinsèque à l'un des moyens utilisés, de leur interaction ou de la nature même de l'activité. Ce dernier point marque d'ailleurs tout l'intérêt de recourir à la notion d'activité à risque, et non à celle de choses dangereuses, de substances ou d'installations dangereuses³⁵⁵⁵.

ii. Les indices secondaires et exogènes à l'activité.

798. Les circonstances d'exercice de l'activité. Dans la jurisprudence étrangère comme dans la doctrine, d'autres indices ont été mis en exergue, lesquels sont pour la plupart exogènes à l'activité. Parmi ces indices figurent ainsi les circonstances temporelles ou climatiques de poursuite de l'activité ou encore sa localisation géographique³⁵⁵⁶. On peut certainement douter de la pertinence de ces critères tant ils se révèlent ambivalents. D'un côté, les circonstances dans lesquelles s'exerce l'activité apparaissent comme une cause influençant la réalisation d'un risque sans pour autant le caractériser. Sans préjuger des causes d'exonération de la responsabilité de l'exploitant, un accident nucléaire provoqué par la survenance d'un tsunami ne paraît pas révélateur du risque anormal du nucléaire. À tout le moins, il serait révélateur d'un défaut de prévention : celui de ne pas s'être assuré que l'installation saurait résister à un tel événement³⁵⁵⁷. D'un autre côté, ces circonstances participent à faire émerger le risque anormal. Si l'on fait fi de la négligence constatée dans le cadre de l'affaire AZF,

³⁵⁵³ Dans ce sens que le caractère occulte de la réalisation peut également affecter l'exploitant qui ne sera pas en mesure d'expliquer la cause véritable de la réalisation du risque.

³⁵⁵⁴ Voy. spécifiquement pour une référence aux substances l'article 6 :175 B.W. Pour la combinaison des autres critères, voy. pour le droit italien la rédaction de l'article 2050 qui évoque la dangerosité « per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati » et en jurisprudence et en doctrine : Cass., 21 juin 1984, n. 3678, *R.F.I.*, 185 ; Cass., 21 mai 2005, n. 203 ; Cass., 20 mai 2016, n. 10422 ; V.G. BRIGANDI, *Attività pericolosa*, op. cit., emp. 278, 288 ; G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Padova, CEDAM, 2010, emp. 8354 et ss. Pour l'avant-projet suisse, voy. la rédaction de l'article 50 qui dispose que : « est réputée spécifiquement dangereuse l'activité qui, par sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisés, est susceptible [...] » et P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, op. cit., p. 140. Pour les autres propositions doctrinales, voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 41 et G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., pp. 901 et ss. On notera qu'une telle idée se retrouvait déjà chez CHARBONNIER, note sous Cass. civ., 15 novembre 1984, *D.*, 1985, p. 20 qui, prenant appui sur la théorie de RIPERT concernant les choses dangereuses, proposait de distinguer les choses intrinsèquement dangereuses de celles qui ne le sont pas, compte tenu de la particularité des substances et objets utilisés. On notera, enfin, que l'article 5 : 101 des PETL ne retient, en revanche, aucun critère permettant d'apprécier la dangerosité intrinsèque de l'activité.

³⁵⁵⁵ Voy. *supra* et dans le même sens G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 901 introduisant une comparaison avec la jurisprudence *Rylands v. Fletcher* qui limitait *ab initio* le risque aux seules choses dangereuses par nature.

³⁵⁵⁶ Voy. sp. G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 884.

³⁵⁵⁷ Tel est du moins l'argument qui a pu être invoqué à l'encontre de cette cause exonératoire dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire : voy. *supra* note 1191.

l'évènement dommageable a été en partie causé, par l'exposition de substances dangereuses à l'humidité qui en a révélé la dangerosité³⁵⁵⁸. Cependant, la limite reste fine entre ce qui caractérise le risque anormal et ce qui élève sa potentialité dommageable dans des conditions spécifiques impliquant une approche *ex post*. Tel est notamment le cas de la potentialité dommageable du risque nucléaire de fusion qui peut être exacerbée par certaines conditions climatiques tels la pluie et le vent³⁵⁵⁹. Envisagée comme élément de définition du risque dans les études de sûreté, elles participent autant à le caractériser qu'à le faire dépendre de circonstances particulières aléatoires. Au sein de ces circonstances, il en va différemment des circonstances géographiques, que l'on retrouve aussi au sein du *Second Restatement of the Law*³⁵⁶⁰. On a relevé, tant lors de l'étude de l'application du régime de responsabilité civile nucléaire aux activités de fusion, que lors de celle des travaux de la Commission du droit international, que la localisation d'une activité proche d'une frontière pouvait modifier la nature du risque, celui-ci devenant ainsi un risque potentiellement transfrontière. Si cette considération géographique ne doit pas foncièrement changer l'appréciation du juge dans notre cas – ce critère influant davantage sur la pertinence du droit international privé au sein de notre étude³⁵⁶¹ – il reste fondamental lorsqu'on doit lui substituer la prise en compte du contexte éventuellement urbain de l'activité. À ce moment, le critère géographique peut véritablement influencer la portée du risque dans son sens qualitatif comme quantitatif³⁵⁶².

799. Les prescriptions d'exercice de l'activité. D'autres indices exogènes à l'activité peuvent également être susceptibles d'éclairer le juge sur l'existence d'un risque anormal. Ce dernier peut être aidé par le fait que l'activité en cause fasse l'objet de prescriptions préventives spécifiques et/ou d'une normalisation technique³⁵⁶³, comme cela est le cas en matière d'installations classées³⁵⁶⁴ ou encore en matière nucléaire où l'on trouve un ensemble normatif croissant sur la sûreté³⁵⁶⁵. Sur ce point on peut d'ailleurs faire référence à l'article 2050 du *Codice civile italiano* qui fait l'objet d'une distinction jurisprudentielle entre les activités « typiques » et « atypiques », les premières étant justement celles considérées d'office comme dangereuses par le fait qu'elles sont inscrites comme telles dans des textes prescrivant des mesures de prévention³⁵⁶⁶. Le juge peut également s'en référer aux données statistiques et aux analyses des experts les plus fiables³⁵⁶⁷, voire à l'existence d'une obligation

³⁵⁵⁸ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 1.

³⁵⁵⁹ Ces dernières augmentent en effet le risque radioactif car le vent diffuse la radioactivité quand la pluie peut capturer le tritium (eau tritiée) qui s'infiltrerait alors plus rapidement dans l'environnement (sol, cours d'eau etc.).

³⁵⁶⁰ *Restatement of the Law Second, Torts*, § 520: "In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered [...] inappropriateness of the activity to the place where it is carried on".

³⁵⁶¹ Voy. *infra* Titre II, Chapitre 2, Section 1.

³⁵⁶² Il en témoigne la réglementation relative aux plans de prévention des risques technologiques en matière d'installations classées Seveso issu du droit de l'Union européenne : voy. *Code de l'environnement*, art. L515-15 et ss ; *Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil*, *op. cit.*

³⁵⁶³ Voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 47, 63 et ss et B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 367.

³⁵⁶⁴ On pensera par exemple aux prescriptions administratives prise notamment en application des directives Seveso.

³⁵⁶⁵ Le droit nucléaire a ainsi été un terrain propice au développement de la normalisation technique, une *soft law* ayant investie ce droit en assumant une fonction de standard pour les exploitants. Voy. pour l'étude générale de ce phénomène la thèse de E. DURAND POUURET, *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, *op. cit.*

³⁵⁶⁶ Voy. M. COLANGELO, *La responsabilità per l'esercizio attività pericolose*, *op. cit.*, emp. 429 et *Codice civile italiano*, art. 2050, note 1.

³⁵⁶⁷ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, pp. 878, 880-881 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 48 et pour des exemples en droit italien Cass., 3 mars 1969, n. 687, *Resp. civ. prev.* 1970, 307 ; Cass., 2 février 1983, n°908, *Dir. e pratica assic.*, 1983, 369 ; Cass., 1 juillet 1991, *Mass. Foro it.* 1991, n°7236.

d'assurance ou de toute autre forme de garantie financière³⁵⁶⁸. L'évolution de la tarification des primes d'assurance pour certaines activités peut, en effet, intervenir comme un indice dans l'appréhension de la notion-cadre, permettant de surcroît de bénéficier de l'estimation concrète du risque réalisé par les compagnies d'assurance³⁵⁶⁹. À ce stade de l'étude, il nous faut cependant souligner l'ambivalence de ce critère, tant le droit français reste peu représentatif de la corrélation entre activité à risque et assurance obligatoire³⁵⁷⁰. L'argument pourtant ne manque pas de pertinence car la soumission de l'exploitant à une assurance obligatoire pourra effectivement constituer une conséquence d'une appréhension législative *ex ante* du risque sur laquelle se reposera le juge. Que ce soit pour les activités nucléaires, pour les hydrocarbures ou encore pour le transport aérien, l'obligation d'assurance ou de toute autre garantie constitue un élément du régime spécifique soumis à ces activités qui s'est imposé en raison de la nature du risque qu'il cherche à appréhender. Mais si l'on peut se référer à ces activités, c'est qu'elles peuvent également constituer en elles-mêmes un outil à la disposition du juge, l'autorisant ainsi à confirmer le risque anormal par recours à l'analogie. Plus qu'un « indice prioritaire »³⁵⁷¹, l'intervention législative dans un domaine ouvre au juge une méthode d'appréciation.

c. L'identification induite par un recours résiduel à l'analogie

800. Le recours à l'analogie au sein des droits étrangers et des propositions doctrinales. Certaines définitions étrangères et doctrinales autorisent le recours à l'analogie pour appréhender le risque anormal présenté par une activité. Tel est notamment le cas, mais surtout l'essence de la proposition formulée au sein de l'avant-projet suisse. Pierre WIDMER ET Pierre WESSNER ayant fait le choix de la « Petite solution »³⁵⁷², le but de la clause de responsabilité du fait des activités dangereuses est donc principalement « d'admettre de raisonnables analogies » qui étaient jusque-là interdites au juge³⁵⁷³. L'article 50 dispose ainsi que l'activité spécifiquement dangereuse est celle pour laquelle « une loi organise une réparation spéciale à raison d'un risque comparable »³⁵⁷⁴. S'inspirant du droit italien et de la distinction entre activité atypique et typique, Laurène MAZEAU propose également de recourir à l'analogie pour considérer qu'une activité est « *typiquement* à risque lorsque la loi institue un régime

³⁵⁶⁸ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 879 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 46 ; CHARBONNIER, note sous Cass civ., op. cit. Ainsi, alors que l'assurance n'apparaît pas comme un indice révélateur de la dangerosité de l'activité, la chasse a souvent été considérée comme une activité dangereuse « typique » de l'article 2050 parce qu'une loi de 1992 avait imposé aux chasseurs la souscription d'une assurance obligatoire, laquelle révélerait alors le caractère « typiquement » dangereux de cette activité. Ainsi, le juge italien a pu se référer à certaines primes d'assurance pour évaluer la dangerosité d'une activité : voy. V.G. BRIGANDI, *Attività pericolosa*, op. cit., emp. 78 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 97 et *Codice civile italiano*, art. 2050, note 2.

³⁵⁶⁹ Voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 47 et *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 1.

³⁵⁷⁰ On pourra rappeler que les installations classées ne sont toujours pas soumises à une obligation d'assurance de responsabilité *stricto sensu*. Obligé à maintenir des garanties financières, celle-ci ne visent bien souvent qu'à couvrir leur potentielle insolvabilité dans le cadre de leurs obligations environnementales, notamment aux vues d'une remise en état, mais n'ont pas vocation à couvrir « les indemnités dues par l'exploitant aux tiers par fait de pollution ou d'accident causé par l'installation » : voy. *Code de l'environnement*, art. L512-21, art. L516-1 et art. R.526-1. Seul l'article L552-1 ouvre la voie à cette obligation, mais les décrets relatifs à cet article n'ont jamais été publiés si bien qu'il est délicat d'en apprécier la portée.

³⁵⁷¹ G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 871 et dans le même sens L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 44.

³⁵⁷² Voy. *supra* Titre I, conclusion.

³⁵⁷³ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, op. cit., p. 138. Le principe, en droit suisse, étant la responsabilité pour fait de faute, seul le législateur peut y apporter exception en établissant une responsabilité pour risque. Ainsi, la clause générale aurait essentiellement servi à combler les lacunes manifestes dans l'attente d'une intervention législative. Cette dernière pourrait ensuite à leur tour servir de termes de comparaison pour de nouvelles analogies. Voy. pour une comparaison entre le droit suisse et le droit français sur ce point E. MATRINGE, *La réforme de la responsabilité en droit suisse : un modèle pour le droit français*, thèse, Strasbourg, 2010, sp. p. 104.

³⁵⁷⁴ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile*, op. cit., art. 50.

de responsabilité spécial en raison d'un risque comparable »³⁵⁷⁵. Emportant de prime abord la conviction à l'endroit de l'exploitation de la fusion, cette formulation permet cependant à l'auteure de pousser son raisonnement afin de ne pas exclure du champ d'application de la clause générale, les activités qui font déjà l'objet d'un régime spécial considérant ce risque comparable comme finalement similaire en tout point. En effet, dès lors qu'une condition nécessaire à la mise en œuvre du texte spécial ferait défaut, le régime proposé retrouverait « tout son empire »³⁵⁷⁶. Cette solution, nous l'avons déjà évoquée, repose sur le caractère subsidiaire du droit commun. Néanmoins, nous attirerons de nouveau l'attention sur les réserves déjà formulées compte tenu de l'atteinte potentielle que cela porterait à l'effectivité des régimes spéciaux qui, à l'instar du régime de responsabilité civile nucléaire, établissent des limitations de responsabilité afin de préserver certains besoins impérieux³⁵⁷⁷. Surtout, plus qu'un indice, ce recours à l'analogie nous paraît être une méthode dont le recours est inhérent à l'application de la règle de responsabilité et doit donc être envisagé comme tel.

801. Une méthode globale plus qu'un indice d'appréciation. Dénier le critère de comparaison du risque n'est pas envisageable, surtout si l'on tient compte de la logique qui a initié l'ensemble de cette thèse : la comparaison entre les risques nucléaires de fission et de fusion. Pour cela, le recours à l'analogie constitue indéniablement plus qu'un indice mis à la disposition du juge aux fins de l'identification d'une activité à risque. Il constitue la méthode intrinsèque à laquelle ce dernier va se livrer et dont le résultat serait la *ratio decidendi*. L'existence des indices précédemment dégagés, qu'ils soient relatifs à la dangerosité d'une substance ou des moyens employés, est forcément évaluée sur une échelle de dangerosité prenant en considération l'expérience tirée des activités à risque ayant fait l'objet d'un régime spécial. Cela ne saurait signifier que l'activité méritant d'être soumise à la règle de responsabilité doit présenter un risque global équivalent. Dans ce cas-là, la comparaison entre le risque nucléaire de fission et de fusion s'avérerait source d'exclusion pour le second. Elle pourra simplement être considérée comme telle parce que l'un des éléments qui la caractérise autorise la comparaison, et permet d'apprécier la présence d'un élément spécifique susceptible de justifier la soumission de celle-ci à la règle envisagée. Autrement dit, l'utilisation de matières radioactives autorise une comparaison entre l'exploitation de la fusion et la fission, et impose la réflexion présentement menée sur la qualification de l'exploitation de la fusion comme activité à risque. *A fortiori*, si les deux activités présentaient un risque équivalent, la fusion aurait été, sans aucun doute possible, considérée comme une activité à risque.

802. Conclusion intermédiaire. Jusqu'alors, notre propos visait à poser différents critères d'appréciation du risque anormal présenté par certaines activités, permettant ainsi sa réception par la règle de responsabilité. Arrivés au terme, on s'est *grosso modo* entendu sur le fait que constitue une activité à risque celle qui présente une propension à engendrer des dommages graves et/ou

³⁵⁷⁵ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 44,51.

³⁵⁷⁶ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 381 nuancé G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit. et PETL, art. 5 :101 lequel dispose expressément que « lorsqu'une activité fait l'objet d'une responsabilité sans faute par l'effet de toute autres dispositions de ces principes, d'une loi nationale ou d'une convention internationale, l'application de cet article est exclue ». De même, l'article 2050 du *Codice civile italiano* n'a pas vocation à s'appliquer aux activités faisant l'objet de régimes spéciaux qui restent des *lex specialis*.

³⁵⁷⁷ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2, B.

susceptibles de troubler l'ordre public, en dépit de la meilleure diligence, et ce en raison des moyens, des procédés ou encore des substances que son exploitation suppose. Cette appréciation peut dépendre de la mobilisation non exhaustive de plusieurs indices, et surtout être guidée par comparaison avec l'expérience acquise dans certains domaines, et ce quand bien même il existerait une incertitude latente sur la nature du risque appréhendé, comme cela est le cas du risque nucléaire de fusion. Cette définition présente certainement des imperfections tant les éléments qui permettent de définir le risque ne constituent que des repères déterminant un espace de danger au sein duquel le juge pourra être libre d'évoluer pour conférer à la règle la souplesse nécessaire à réceptionner l'évolution technologique. Pour autant, les critères qui seront envisagés ci-après pourront avoir vocation à recentrer quelque peu le propos en s'intéressant non plus au risque anormal porté par l'activité, mais à l'activité en elle-même.

B. L'appréhension de l'activité caractérisée par le risque anormal

803. Plan. Les critères et indices jusqu'alors évoqués contribuent à qualifier l'activité à risque en se concentrant sur le risque anormal afférent à son exploitation ou à la dangerosité de l'activité en tant que tel. Tel serait le cas du risque nucléaire de fusion. Il faut désormais apporter des précisions sur l'activité en elle-même. Si nous avons évoqué *supra* que le recours à la notion d'*activité* permettait de doter le régime d'une souplesse et d'une compréhension opportunes, en détachant la réalisation du risque anormal du fait de l'homme ou des machines que son exploitation suppose, il reste que le recours à la notion mérite encore quelques éclaircissements quant à sa pratique commune (1.) et aux finalités qu'elle doit poursuivre (2.).

1. L'ambivalence du critère relatif à la pratique commune de l'activité

804. L'inopportunité de la référence. Aux fins de la détermination d'une « activité anormalement dangereuse », les rédacteurs des principes européens ont posé comme critères d'identification que cette dernière ne soit pas « d'une pratique commune »³⁵⁷⁸. Ce critère que l'on retrouve également au sein du *Second* et *Third Restatement of the Law*³⁵⁷⁹ se trouve fondé sur la réciprocité³⁵⁸⁰ mais également sur une idée de profit : « l'attrait de la responsabilité sans faute pour régir une activité est plus fort lorsque ses risques sont imposés à des tiers, tandis que ses profits ne se répartissent qu'entre peu de personnes »³⁵⁸¹. Aussi les activités poursuivies par le plus grand nombre ou bénéficiant au plus grand nombre pourraient être d'une pratique commune³⁵⁸². Un tel critère ne peut cependant être retenu dans

³⁵⁷⁸ PETL, art. 5:101.

³⁵⁷⁹ Voy. *Restatement of the Law Second, Torts*, § 520 : "in determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered [...] extent to which the activity is not a matter of common usage", et le commentaire relatif : "an activity is a matter of common usage if it is customarily carried by the great mass of mankind or by many people in the community" et *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20.

³⁵⁸⁰ Voy. B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », *op. cit.*, p. 154 en référence à *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20 : « si plusieurs auteurs créent un risque significatif par leur activité, un tel danger est néanmoins "imposé par de nombreuses personnes entre elles" »

³⁵⁸¹ B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », *op. cit.*, p. 155 citant *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20, comm. j.

³⁵⁸² Les auteurs réfèrent dans cette hypothèse à la circulation routière mais également à la fourniture d'électricité.

le cadre de la règle de responsabilité. En effet, il est totalement indifférent à l'anormalité du risque et peut déposséder la règle de sa généralité, de son universalité mais surtout de *sa ratio legis*. D'abord, le bénéfice retiré par la population d'une activité ne saurait justifier une immunité totale de l'exploitant. À tout le moins, il peut justifier une limitation et l'établissement d'un régime spécial³⁵⁸³. Ensuite, retenir ce critère reviendrait à exclure toute une série d'activités qui ont précisément été celles qui, en leur temps, ont frayé la voie à la responsabilité même sans faute dans un système qui ne connaissait que la faute³⁵⁸⁴. Or, ce n'est pas parce qu'une activité est courante qu'elle peut ne pas comporter un risque incompressible atteignant le niveau requis par la notion-cadre : cela ramène, par un autre chemin, à opérer une nouvelle banalisation du risque³⁵⁸⁵. D'autre part, excessivement relative, cette approche exagérément réservée s'avère être source d'embarras :

« on se rend compte des conséquences [qu'elle] pourrait avoir pour l'ère postmoderne, en se posant la question de savoir si l'utilisation de l'énergie nucléaire et le génie génétique devraient également être exemptés de responsabilité objective, dès lors qu'ils sont considérés comme étant "d'une pratique commune" ou risquent de l'être très bientôt. Ces exemples montrent d'ailleurs l'absurdité de la conception adoptée par les PETL. Lorsqu'une activité à haut risque devient progressivement d'une pratique commune », *le régime de responsabilité applicable devra en principe régresser et revenir au fondement de la faute* [...] La protection des victimes – en majorité des victimes ayant subi une atteinte à leur intégrité physique – faiblira donc à fur et à mesure qu'une certaine pratique s'établit et malgré les risques toujours aussi élevés qu'elle comprend [...] une responsabilité objective ainsi conçue et pour ainsi dire mort-née, rate aussi complètement l'un de ses buts principaux qui devait être de décharger la responsabilité fondée sur la faute de tâche que celle-ci ne peut remplir qu'au prix d'une perte totale de sa substance »³⁵⁸⁶.

805. L'opportunité de la réflexion. Cela étant, on ne peut renier la logique qui sous-tend une telle limitation. Comme l'expliquent ses partisans, il y a certainement une différence, par exemple, entre déclencher quelques feux d'artifice à la Saint-Sylvestre en tant que coutume pratiquée par un grand nombre de gens et organiser un spectacle de feux d'artifices commandant une organisation considérable³⁵⁸⁷. Par certains aspects, cette limitation pourrait s'avérer opportune, comme en témoigne l'expérience tirée du droit italien, mais aussi du droit français. Les juges ayant dessiné les contours de l'article 2050 du *Codice civile italiano* ont en effet très largement interprété le concept de l'exercice d'une activité dangereuse et l'ont dès lors appliqué à un très (trop) large panel de situations³⁵⁸⁸. Or, le droit français est précisément doté d'un même principe à l'ampleur sans pareil : il s'agit de la responsabilité

³⁵⁸³ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, § 2.

³⁵⁸⁴ P. WIDMER, « La responsabilité pour choses et activité dangereuses dans les projets européens », *op. cit.*, p. 261 et dans le même sens L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels* exploitant une activité à risque, *op. cit.*, p. 49 et G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, pp. 914-916.

³⁵⁸⁵ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 1 concernant le cas AZF.

³⁵⁸⁶ P. WIDMER, « La responsabilité pour choses et activité dangereuses dans les projets européens », *op. cit.*, p. 261.

³⁵⁸⁷ Voy. B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », *op. cit.*, p. 155.

³⁵⁸⁸ On a ainsi déjà évoqué *supra* l'exemple de la chasse, de l'équitation ou des auto-tamponneuses : voy. note *supra*. On pourra ainsi également retenir l'application de la règle de responsabilité pour l'utilisation d'une grue (Cass., 1^{er} juillet 1987, *Mass. Foro. It.*, 1987, n. 5764), dans le cadre d'une compétition sportive caractérisée par l'existence d'un risque d'accidents (Cassazione civile, sez. III, sentenza 13/02/2009, n°3528), dans le cadre de fraude bancaire (Cassazione civile, sez. VI-1, ordinanza 12/04/2018, n°9158) ou encore, très récemment, dans le cadre d'activités économiques liées à l'octroi de crédit (Cassazione civile, sez. I, ordinanza 08/01/2019, n°207). De même, on pourra renvoyer aux exemples cités par les rédacteurs de l'avant-projet suisse : P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, *op. cit.*, p. 138.

du fait des choses qui connaît une application bien plus démesurée qu'en droit italien³⁵⁸⁹. On connaît désormais les problèmes potentiels qui émergeraient en raison du concours de la règle de responsabilité du fait des choses et de la responsabilité du fait des activités à risque, un concours qui a motivé la rédaction restrictive de l'article 1362 du projet CATALA, limitant maladroitement le champ de cette disposition aux activités *anormalement* dangereuses³⁵⁹⁰. Le problème ressurgit également de la prise en compte des activités domestiques, telle que la circulation motorisée, qui bien que très souvent évoquée par la doctrine³⁵⁹¹, ne doit pas faire partie des risques visés prioritairement par la règle³⁵⁹². Pour autant, il s'agira de déplacer, une fois encore, le point focal de l'analyse. Sans retenir cet indice, d'autres éléments permettent d'apporter des réponses aux problèmes posés. Il y a d'abord la compréhension du risque anormal tel que nous l'avons exposé *supra*. Il y a ensuite, la question de la délimitation, plus délicate, des buts poursuivis par l'activité.

2. L'ambivalence des fins poursuivies par l'activité

806. L'indifférence à l'utilité sociale de l'activité. Parce que le profit ou bénéfice retiré par l'activité constitue un argument des partisans du critère de la pratique commune, l'utilité de l'activité a également est également considérée comme un critère excluant l'activité à risque. Dans le droit états-uniens, l'activité à risque doit ainsi s'apprécier selon « *its value to the community is outweighed by its dangerous attributes* »³⁵⁹³ d'une manière telle que la règle de responsabilité ne s'applique pas à une activité présentant un intérêt majeur pour la communauté : celle-ci ne sera pas une « *abnormally dangerous activity* ». De nouveau, l'utilité de l'activité ne saurait être retenue en ce sens dans le cadre de la règle recherchée. À tout le moins, elle pourrait justifier une limitation de sa responsabilité dans le cadre d'un régime spécial. Ce critère connaît néanmoins une double utilisation. Le *Second Restatement of the Law* dispose également, et paradoxalement, que la règle de responsabilité s'applique uniquement lorsque l'activité est d'une utilité telle que le risque y étant lié ne peut pas être considéré comme source d'une négligence fautive de son exploitant³⁵⁹⁴. Il est effectivement tout à fait naturel que l'on ne puisse pas exposer inutilement des individus à un risque anormal. Les activités à risque restent des activités tolérées du fait de leur utilité par l'ordre juridique en dépit d'une dangerosité qui devrait, en principe, emporter leur interdiction. Par principe, une activité inutilement dangereuse doit tomber sous le coup de la responsabilité pour faute parce que, précisément, elle ne répond pas à un besoin social raisonnable auquel l'ordre juridique peut donner son aval. Il en va de même pour une

³⁵⁸⁹ Voy. ainsi J-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses et/ou du fait des activités dangereuses », *op. cit.*, pp. 280-281 relevant que si le code italien prévoit également une responsabilité du fait des choses en son article 2051, il reste que « les juges transalpins n'ont jamais donné à celle-ci une ampleur ni une rigueur similaire à celles du régime français ». Sur la responsabilité du fait des choses en droit italien voy. G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, *op. cit.*, emp. 9763 et ss.

³⁵⁹⁰ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, § 2, B.

³⁵⁹¹ Voy. outre l'avant-projet suisse évoqué *supra*, G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, p. 914 relevant ainsi que la « circonstance qu'une activité soit exercée par un grand nombre de personnes en même temps peut en augmenter la dangerosité. Il suffit de songer aux accidents de la circulation » ou encore B. MÉNARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 366.

³⁵⁹² Ainsi pour les partisans de la pratique commune, ce critère aurait permis d'exclure la conduite d'une automobile comme activité à risque mais de conserver comme tel le transport routier de produits dangereux : B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », *op. cit.*, p. 155.

³⁵⁹³ *Restatement of the Law Second, Torts*, § 520.

³⁵⁹⁴ Voy. confirmant l'utilisation double du critère G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, p. 899.

activité licite, mais qui serait exercée sans les conditions nécessaires ou dans le non-respect de certaines conditions préalables ou charges que l'administration aurait imposées à l'exploitant. Il est donc tentant de considérer que seules les activités à risque présentant une certaine utilité ou exercées en toute licéité soient considérées par la règle de responsabilité, comme cela pourra être le cas des activités de fusion nucléaire. Mais, arrivés à ce stade de l'étude, ce critère montre un caractère paradoxal et sacrificiel. En l'absence d'une limitation de responsabilité attachée à la règle de responsabilité du fait des activités à risque, il est impossible d'affirmer que la responsabilité *même sans faute* privilégie l'exploitant d'une activité à risque utile et licite – exception faite de la dimension sanctionnatrice de la faute. Si la reconnaissance d'une faute peut apporter satisfaction aux victimes, il pourrait, dans le même temps, leur être inconfortable que l'on écarte la responsabilité *même sans faute* sous prétexte que l'activité était illicite ou inutile : comment justifier que les victimes d'une installation de fusion exploitée illégalement soient ainsi moins bien traitées que les victimes d'une installation de fusion dont l'exploitant a respecté les prescriptions et autorisations lui incombant ? Telle est la raison pour laquelle l'avant-projet suisse comme l'article 1362 du projet CATALA précisent que ces dispositions s'appliquent *même* si l'activité est licite ou tolérée par l'ordre juridique³⁵⁹⁵. À plus forte raison, la règle devrait s'appliquer lorsqu'il s'agit d'une activité illicite ou inutile. Cependant, on ne saurait priver les victimes de fonder leur demande sur la faute de l'exploitant ou du tiers, tout comme on ne saurait exclure l'hypothèse d'une responsabilité pénale, ou encore une responsabilité administrative de l'autorité à qui l'exercice illicite de l'activité pourrait être en partie imputable. Simplement, ces responsabilités resteront un élément supplémentaire, la demande réparatrice auprès de l'exploitant étant avant tout facilitée par la règle de responsabilité *même sans faute*.

807. L'exploitation professionnelle à des fins économiques ou sociales. Compte tenu des développements précédents, il est désormais acquis que la construction d'une responsabilité *même sans faute* du fait de l'activité à risque commande d'envisager la responsabilité de celui qui possède le statut d'exploitant. Or, sans préjuger des développements ultérieurs, il faut admettre que ce dernier est celui qui possède la maîtrise sur l'activité. La question se pose de savoir si l'exploitant constitue également celui qui en retire le profit. En rappelant la théorie du risque-profit, il est vrai que cet élément apparaît parfois dans la notion d'exploitation. On la retrouve ainsi chez Geneviève VINEY pour qui l'exploitation constitue « [l'] activité déployée à l'initiative d'une personne, sous sa maîtrise, et pour son profit, au moyen d'un ensemble matériel et humain »³⁵⁹⁶. Considérant cela, il est tentant de retenir que l'activité à risque doit être une activité dont on retire un bénéfice économique. Dans le cadre des PETL, la question a été abordée avant d'être rejetée en raison de son étroitesse : les rédacteurs « s'accordant à dire que la réalisation d'un bénéfice ne devait pas être un facteur décisif, du moins pour exclure la responsabilité. Autrement, l'on aurait dû renoncer à la responsabilité dans l'exercice d'une activité anormalement dangereuse, par exemple, d'une entité publique ou d'une

³⁵⁹⁵ Voy. P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, op. cit., p. 138 et P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, op. cit., art. 1362.

³⁵⁹⁶ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., p. 267.

institution œuvrant pour le bien du public au sens large, et sans réaliser de bénéfice net »³⁵⁹⁷. Pour cela, la plupart des propositions n'accordent pas d'importance à ce critère³⁵⁹⁸ ouvrant ainsi la porte à l'inclusion d'activités poursuivies à des fins privées. D'un côté, il est vrai que la qualité de l'agent et la nature domestique d'une activité ne signifient pas que les critères de dangerosité ne puissent pas être atteints. Comme le souligne Geneviève SCHAMPS, ceux-ci peuvent même l'être plus rapidement « puisque le particulier ne dispose en général pas de l'infrastructure technique et de l'organisation propre à contenir le risque »³⁵⁹⁹. Alors certes, on peut de nouveau interroger la pertinence d'une objectivisation de la responsabilité dans ce contexte, eu égard notamment au niveau de risque requis par la notion-cadre. Il est en effet peu probable que le particulier privé d'une infrastructure technique et de l'organisation propre à contenir le risque puisse être le créateur d'un tel risque. Si tel devait être le cas, la situation permettrait certainement d'exploiter la dichotomie italienne entre la dangerosité d'une activité et la dangerosité de la conduite, en faisant primer le risque résultant du comportement de son propriétaire sur celui de l'activité *per se*³⁶⁰⁰. Si un individu se trouve un jour à conduire certaines expériences chimiques dans son sous-sol par l'utilisation de substances dont la détention serait en elle-même légale, l'absence des éléments participants à contenir le risque de leur interaction pourrait, en revanche, être considérée comme un manquement certain à un devoir de prudence, et donc une faute – sans préjudice de l'intérêt que pourrait revêtir la responsabilité du fait des choses à cet endroit. Néanmoins, il serait de nouveau injuste de priver les victimes d'une responsabilité *même sans faute* sous prétexte que l'activité n'est pas conduite par un professionnel, et qu'elle est donc illicite. C'est dans cette idée que la *Convention de Lugano*, qui limite les activités dangereuses aux « activités poursuivies à titre professionnel » dans le but d'écartier les activités domestiques, a fait l'objet de critiques³⁶⁰¹. D'un autre côté, bien qu'ait été précédemment évoquée l'inaptitude de la notion de garde à appréhender le rapport d'imputation de la responsabilité de celui qui exploite une activité à risque³⁶⁰², limiter la responsabilité aux activités professionnelles peut servir l'objectif de différenciation de la règle avec la responsabilité du fait des choses³⁶⁰³. Davantage, comme le souligne

³⁵⁹⁷ B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », *op. cit.*, p. 156. Dans le même sens P. WIDMER, « La responsabilité pour chose et activité dangereuse dans les Projets européens », *op. cit.*, p. 263.

³⁵⁹⁸ L'article 2050 du *Codice civile italiano* prend les activités menées à des fins privées, c'est-à-dire « l'*attività biologica* ». La même solution s'impose également en *Common law* au travers de la règle *Rylands v. Fletcher* et le *Second Restatement of law, Torts, op. cit.* où le simple particulier comme l'entrepreneur peut voir sa responsabilité engagée. Voy. encore G. SCHAMPS, *La mise en danger, op. cit.*, p. 905-907 et P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif, op. cit.*, p. 148 soulignant, à propos de l'article 50, que « la présence d'une entreprise, comprise comme unité d'organisation n'est pas une condition pour que la responsabilité pour risque puisse s'appliquer [...] Le minimum d'organisation économique et infrastructurelle que suppose par exemple l'utilisation d'un véhicule à moteur, même si le détenteur ne s'en sert que pour des promenades dominicales ou pour ses vacances, ou l'exercice de la chasse ou d'un sport dangereux comme pures occupations de loisirs, et le profit ou la satisfaction purement immatériels qu'on en retire, suffisent à justifier l'imputation objective propre à la responsabilité pour risque ».

³⁵⁹⁹ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger, op. cit.*, p. 906.

³⁶⁰⁰ Comme déjà évoqué, une distinction est ainsi établie au sein du Code civil italien entre la *dangerosità de la condotta* et celle de *l'attività* : voy. pour exemple : Cass, Sez. civ. III, n°203 del 21.10.2005 ; G. ANNUZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno, op. cit.*, emp. 8354 ; V.-G. BRIGANDI, *Attività pericolosa. Un classico tra i concetti normativi, Attività pericolosa. Un classico tra i concetti normativi, op. cit.*, emp. 63 et ss ; M. COLANGELO, *La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, op. cit.*, emp. 279-294, 388.

³⁶⁰¹ Voy. *Convention sur la responsabilité civile des dommages résultants d'activités dangereuses pour l'environnement, op. cit.*, art. 2.1) ; Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités anormalement dangereuses pour l'environnement, op. cit.* p. 4 et pour une analyse critique X. THUNIS, « Le temps de la responsabilité. Réflexions sur la Convention du Conseil de l'Europe et sur le Livre vert concernant la réparation des dommages causés à l'environnement », *Aménagement-environnement*, n°3/4, 1994, p. 218.

³⁶⁰² Voy. *supra* Introduction § 29.

³⁶⁰³ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2, B.

Laurène MAZEAU, il est important de distinguer l'activité à risque « d'un acte isolé d'un particulier quand bien même celui-ci présenterait un minimum de continuité et d'organisation, tel que la conduite automobile, l'exercice d'un sport dangereux (alpinisme, deltaplane) ou encore la chasse »³⁶⁰⁴. Pour cela, l'auteure s'inspirant de la définition de l'exploitant conférée par le *Code de l'environnement*³⁶⁰⁵, considère qu'une activité à risque doit être « exploitée par un professionnel, dans un but économique ou social, et non privé [sans qu'il] soit nécessaire [toutefois] que ce but soit atteint »³⁶⁰⁶. Cette difficulté à exclure les activités récréatives nous a conduits *supra* à retenir le critère de la *faculté* de la réalisation du risque anormal porté par l'activité à troubler un ordre public. Ce dernier peut permettre de lâcher un peu de lest sur la définition de l'activité tout en gardant à l'esprit qu'elle doit, en premier lieu, s'appliquer aux activités professionnelles industrielles et technologiques, telles que les activités de fusion nucléaire. Aussi, il faut évidemment que l'activité bénéficie d'un minimum d'organisation et d'une infrastructure minimale. Celui qui l'exploite doit également poursuivre le but d'en tirer un profit, que ce dernier soit économique, social ou tout simplement immatériel ou de « pur agrément »³⁶⁰⁷. En revanche, la conduite de l'activité à titre professionnel n'est pas un critère déterminant. Le plus important reste in fine que l'activité présente un risque anormal. Pour cela, d'ailleurs, la notion d'exploitation, qui sera envisagée ci-après, répondra à un critère substantiel et non formel. Ainsi pourrait se comporter comme un exploitant, une personne qui répondrait à cette définition quand bien cela n'en prendrait pas les exigences formelles.

808. Conclusion du § et de la Section. Le présent paragraphe a posé les critères d'identification du risque dont la réalisation – le fait générateur – autorise l'action en responsabilité sur le fondement de la règle de responsabilité du fait des activités à risque. À cette fin, divers critères et indices permettant une identification *a priori* de l'activité à risque, par le biais d'une notion-cadre, ont été posés. Ceux-ci sont inhérents au risque anormal ou aux risques anormaux (fussent-ils plusieurs³⁶⁰⁸) afférents à l'activité et même parfois aux conditions dans lesquelles elle est menée, et permettent ainsi d'en clarifier le critère principal : celui selon lequel l'activité en cause doit présenter une propension à engendrer des dommages graves et/ou susceptibles de troubler l'ordre public et dont il est impossible d'éliminer l'existence malgré la mise en œuvre de toute la diligence raisonnable. Ce seuil de dangerosité qui permet a priori d'inclure les activités de fusion nucléaire dans le champ d'application de la règle, met ainsi l'accent sur l'impossibilité de l'être humain de maîtriser le risque inhérent à une activité à risque, lequel peut éventuellement résulter de l'état limité de la science et de la technique : tel pourrait ainsi être le cas du risque nucléaire de fusion. Dans ce contexte, le risque présente un caractère quasi-inévitable dès lors qu'il n'est pas possible de le conjurer entièrement. Dans ce contexte, le doute et la croyance erronée d'une maîtrise totale n'empêchent pas que le seuil de dangerosité puisse être atteint. Cette circonstance permet donc, compte tenu de tout ce qui a été évoqué ci-avant,

³⁶⁰⁴ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 38.

³⁶⁰⁵ Voy. *Code de l'environnement*, art. L160-1 : « L'exploitant s'entend de toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle effectivement, à titre professionnel, une activité économique lucrative ou non lucrative.

³⁶⁰⁶ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 38.

³⁶⁰⁷ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, op. cit., p. 147.

³⁶⁰⁸ Nous pensons là à l'hypothèse du béryllium déjà évoquées pour les activités de fusion qui pourrait présenter un risque extérieur au risque nucléaire et une certaine dangerosité.

de cerner et de résumer les contours de la notion-cadre, et de répondre aux critiques d'antan énoncées à l'encontre de la théorie de RIPERT. Cette circonstance permet ensuite, et surtout, d'identifier l'anormalité du fait dommageable comme un critère de toute règle de responsabilité. Cette circonstance permet, enfin, de fournir une explication quant au critère de désignation du responsable, et donc aux justifications de sa responsabilité.

Si la détermination de la notion-cadre d'activité à risque a permis de répondre à certaines exigences qui ont été posées en introduction de cette *Section*, on sait néanmoins que rechercher le fait de l'activité à risque, n'exclut certainement pas de rechercher dans le même temps l'individu auquel sera rattaché ce fait. Car si le premier constitue le fait générateur de la responsabilité, le second en constitue le critère d'imputation. Or, en tant qu'élément clef de la responsabilité, ce dernier est également à même d'expliquer sa raison d'être, et surtout de permettre la poursuite des fonctions recherchées par la règle, notamment en ce qui concerne sa dimension préventive mais également réparatrice. Autrement dit, quand l'anormalité du risque a déjà pu participer à répondre à la question de *ce* que répare la responsabilité *même sans faute*, elle n'a que partiellement répondu à la question de *pourquoi* elle le répare. Elle n'a, en effet, pas encore participé à répondre à la question du *qui* devra le réparer, et pourquoi *ce qui* devra le réparer, parfois même exclusivement – c'est à dire à la place, potentiellement, de celui dont le comportement pourrait matériellement apparaître comme plus directement à l'origine de la réalisation du risque : par exemple, le préposé qui sur une installation de fusion causerait, par une mauvaise manipulation, une fuite de tritium. Les développements suivants se proposeront donc d'y apporter une explication convaincante.

En effet, quoiqu'il ait été admis que la responsabilité de l'exploitant d'une activité à risque, telle qu'une activité de fusion, ne peut, compte tenu des fonctions poursuivies, qu'être recherchée même sans faute et de façon relativement exclusive, une telle affirmation ne doit pas préjuger du caractère strictement objectif de celle-ci, dans ce sens qu'il serait, en réalité, possible de lui octroyer une certaine subjectivité.

Section 2. L'imputation de la réalisation du risque anormal à l'exploitant de l'activité

809. L'exploitation comme instrument d'imputation privilégié. Si en matière d'activité à risque, la prolifération des textes témoigne d'un certain malaise, il n'en demeure pas moins que ces derniers montrent souvent une certaine cohérence autour de la figure de l'être responsable. Loin de constituer le critère unique, celui de l'exploitation traduit ainsi une tendance lourde du droit en présence d'activités dangereuses, d'ailleurs mise en exergue par la Commission du droit international³⁶⁰⁹. On ne saurait cependant se satisfaire de cette seule tendance pour justifier le lien d'imputation de la règle de responsabilité envisagée et applicable aux activités de fusion nucléaire. D'une part, il est autant de

³⁶⁰⁹ Par exemple, on rappellera que la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, la possibilité d'imputer la responsabilité au propriétaire du navire. Selon le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux, les générateurs, les exportateurs, les importateurs et les éliminateurs de déchets sont tous potentiellement responsables à différents stades des mouvements de déchets. Néanmoins, on voit que le principe de base sous-jacent est que la partie à laquelle incombe la responsabilité au premier chef est celle qui était la mieux placée pour maîtriser le risque au moment de l'accident ou qui est à même d'indemniser les victimes. Il en va de même si l'on s'en réfère au régime des produits défectueux visant le fabricant. Sur cette question voy. les études du secrétariat de la Commission du droit international référencées note *supra* note 2739.

régimes de droit positif ayant eu recours à la notion d'exploitation, que de définitions de la notion même. Ainsi, alors que la notion est (trop) formellement envisagée dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire³⁶¹⁰, c'est suivant une appréhension fonctionnelle qu'elle est envisagée par les membres de la Commission du droit international³⁶¹¹ ou par les rédacteurs de la *Convention de Lugano*. Ces derniers ont défini l'exploitant comme « toute personne physique ou morale, ou toute entité de droit public ou de droit privé, dotée ou non de la personnalité juridique, y compris l'État et ses subdivisions [...] qui exerce le contrôle d'une activité dangereuse »³⁶¹². Quand bien même « la définition de l'exploitant comme celui qui contrôle effectivement, juridiquement ou économiquement l'activité polluante a[urait] gagné du terrain »³⁶¹³, le critère reste variable. Alors que le rapport explicatif de la *Convention de Lugano* précise que « le contrôle [peut] être effectif ou global »³⁶¹⁴, c'est en référence au seul critère du contrôle effectif que l'article L.160-1 du *Code de l'environnement* transposant la directive 2004/35 vise sous le vocable de l'exploitant « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle [néanmoins] effectivement, à titre professionnel, une activité économique lucrative ou non lucrative »³⁶¹⁵. D'autre part, si l'approche sectorielle de la notion d'exploitation ne suffit pas à déterminer la pertinence de la notion, c'est également que son recours doit se concilier avec les enjeux de la règle de responsabilité envisagée, et notamment sa généralité et sa plasticité.

810. L'exploitation comme instrument d'imputation à (re)définir. Une fois mis en exergue et circonscrits les éléments fondamentaux de l'exploitation, celle-ci peut apparaître comme d'un intérêt majeur pour autoriser la désignation d'un responsable et activer le lien « réparation-prévention »³⁶¹⁶ que traduisent les fonctions de la règle de responsabilité. Considérant cela, et suivant le chemin emprunté par Laurène MAZEAU et autres propositions doctrinales, mais contourné par les projets de codification français sus-évoqués, il apparaît donc que la désignation de l'être-responsable doit s'imposer une nouvelle fois sous les traits d'une notion-cadre³⁶¹⁷. Parce qu'il ne faut toutefois pas

³⁶¹⁰ Rappelons, en effet, que l'exploitant devait être celui désigné comme tel par l'autorité publique compétente.

³⁶¹¹ Voy. CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, principe 2.g : « [o]n entend par "exploitant" toute personne qui dirige ou contrôle l'activité au moment de la survenance de l'événement ayant causé le dommage transfrontière » et commentaire relatif, § 32 : « la définition de "l'exploitant" donnée dans les projets de principe est une définition fonctionnelle fondée sur la détermination factuelle relative à l'usage, au contrôle et à la direction de l'activité visée au moment concerné ».

³⁶¹² *Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement*, *op. cit.*, art. 2.5) et art. 2.6) combinés.

³⁶¹³ CDI, « Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, comm. sous principe 2, § 32.

³⁶¹⁴ Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement », *op. cit.*, p. 6.

³⁶¹⁵ On notera que le texte de la directive dispose que l'exploitant vise « toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle ou, lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité » et définit l'activité professionnelle comme « toute activité exercée dans le cadre d'une activité économique, d'une affaire ou d'une entreprise, indépendamment de son caractère privé ou public, lucratif ou non lucratif » : *Directive 2004/35 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux*, JOUE, L 143, 30 avril 2004, art. 2.6 et art. 2.7.

³⁶¹⁶ L'expression est de P. CHAUMETTE, « L'activation du lien prévention-réparation », *Droit social*, 1990, pp. 724-733.

³⁶¹⁷ Voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 38. On remarque, en effet, que le projet Catala ne fournissait pas de définition de l'exploitant. Il en va de même du projet TERRÉ, bien que cela puisse être expliqué par la limitation de la clause aux installations classées qui obéit à une réglementation obligeant à, au moins, identifier un exploitant que l'on pourra considérer comme un « exploitant de droit ». On ne retrouve pas de définition explicite au sein des droits étrangers également. Ainsi, l'article 6 :175 BW

dénier l'effort entrepris par certains rédacteurs, c'est en partant de deux définitions *a priori* relativement englobantes, et donc non retranscrites par hasard ci-dessus, que constitue celle de la *Convention de Lugano* et celle du *Code de l'environnement*, que nous entamerons notre propos. Elles sont en effet une base solide pour appréhender les contours de la notion, et surtout les conséquences engendrées sur la compréhension de la règle de responsabilité applicable aux activités de fusion nucléaire. Quoique ces explications sur les justifications de la règle de responsabilité ressortent principalement des éléments relatifs à la définition *ratione materiae* de l'exploitation, il ne faut pas, pour autant, renier l'intérêt de l'étude de sa dimension *ratione personae*. Bien qu'insuffisante à expliquer la responsabilité de celui qui sera ainsi désigné comme tel, cette dernière permet néanmoins d'éclairer sur la qualité des personnes susceptibles de faire l'objet de la règle de responsabilité.

811. Plan. Les deux aspects de la définition de l'exploitation seront envisagés successivement : d'abord, le critère de l'exploitation dans sa dimension *ratione personae*, c'est-à-dire eu égard à la qualité de la personnes visée (§ 1) ; puis le critère de l'exploitation dans sa dimension *ratione materiae*, c'est dire eu égard aux prérogatives qui sont conférés à la personne visée et qui permettront de mettre un point final à l'explication de la responsabilité (§ 2).

§ 1. La définition *ratione personae* de l'exploitation

812. Le panel des personnes visées par la notion. Eu égard à la qualité de la personne de l'exploitant, les définitions présentées ci-dessus présentent un intérêt certain par la référence qui y est faite aux personnes tant physiques que morales et tant privées que publiques. Ce double avantage doit être mis en exergue dans le cadre de la règle de responsabilité.

813. Plan. En effet, alors que la référence aux personnes publiques invite à réfléchir à l'applicabilité de la règle de responsabilité aux activités de personnes publiques ou aux activités susceptibles de susciter l'application du droit administratif, telle que cela pourrait être le cas de certaines installations de fusion (A.), la référence aux personnes morales questionnent quant à elle sur le traitement à accorder aux sociétés mères de filiales exploitant une activité à risque (B.).

organise une responsabilité segmentée listant les responsables possibles selon un ordre de priorité rappelant au régime de la Convention de Bâle. Quant à l'article 2050 du *Codice civile italiano* ou au *Restatement of the Law*, il semble s'en référer au critère imprécis de « l'exercice » : voy. sur ce point G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, pp. 924-925. Le texte de l'article 5:101 pourrait être, à cet égard, porteur d'enseignement. Aux termes de cet article, l'être responsable du fait des activités anormalement dangereuses est désigné comme « la personne pratiquant une activité anormalement dangereuse ». Or, cette lexie ne rendait pas réellement compte de la volonté des auteurs. Ceux-ci avaient dès lors été contraints de préciser, au sein du commentaire, que l'expression choisie devait s'interpréter comme renvoyant à celui « qui exerce un contrôle de fait ou...qui contrôle économiquement l'activité » : voy. B.A. KOCH, H. KOZIOL, « Comparative conclusion », *PETL Strict Liability*, n°98 cités par B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », *op. cit.*, p. 156. On notera également qu'au cours du débat qui a entouré la rédaction du principe, le Groupe avait suggéré une formulation selon laquelle le gardien serait celui qui « exerce un contrôle durable et qui en retire un bénéfice économique ». Cette formule a cependant été rejetée, le critère du contrôle économique étant apparu trop étroit comme vu *supra*. Quant à l'avant-projet suisse, il retenait la responsabilité de l'exploitant entendu comme celui « qui a le contrôle de l'activité dangereuse, tant du point de vue de l'organisation que sous l'aspect économique ». Néanmoins, parce que le projet avait vocation à inclure certaines activités telle la conduite automobile, la notion pouvait également s'étendre au détenteur : voy. P. WIDMER, P. WESSNER, « Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif », *op. cit.*, p. 147. Quant à la proposition de Geneviève SCHAMPS, il ne s'agira pas là de l'évoquer car elle guidera, comme celle de Laurène MAZEAU, une partie de notre propos.

A. L'inclusion de la « personne publique » exploitante

814. Position du problème. De prime abord, l'application de la règle de responsabilité du fait des activités à risque à la personne publique pourrait ne pas susciter d'interrogation. Puisque la thèse s'inscrit dans une démarche prospective, l'idée peut tout à fait être soutenue que la figure étatique soit également soumise à une telle règle de responsabilité lorsqu'elle exploite une activité à risque. Mais il s'agit moins là d'interroger l'applicabilité substantielle de la règle à la personne publique que d'envisager son application comme une règle de responsabilité civile de droit privé susceptible d'emporter la compétence du juge judiciaire sur le même modèle que le régime de responsabilité civile nucléaire. Ce régime, comme bien d'autres régimes de droit international, ne fait pas exception de la qualité de personne publique ou privée de l'exploitant³⁶¹⁸. Dans le cadre du droit international, cette absence de distinction est principalement justifiée par le fait qu'un certain nombre d'États ne connaissent pas le dualisme juridique français induit par les arrêts *Rothschild* et *Blanco*³⁶¹⁹. En Italie, où le principe de responsabilité pour faute du *Codice civile italiano* a servi de base à l'engagement de la responsabilité des fonctionnaires³⁶²⁰, le juge a étendu l'application de l'article 2050 à l'administration publique au motif que l'intérêt général poursuivi par l'activité ne devait servir à justifier qu'il échappe à toute responsabilité sur ce fondement³⁶²¹. Alors certes, on ne saurait considérer que le droit administratif français ne connaît pas quelques règles de responsabilité fondée sur le risque, voire sur l'idée d'activité dangereuse. Mais le droit administratif reste un droit de la « complexité »³⁶²². À l'heure où « certains enseignants rêvent d'un cours unifié sur la responsabilité qui engloberait à la fois la responsabilité administrative et la responsabilité civile »³⁶²³, la responsabilité du fait des activités à risque convoque le besoin d'un minimum d'unité, particulièrement à l'égard des victimes du risque nucléaire de fusion dont la particularité réside dans sa capacité intrinsèque à convoquer cette responsabilité administrative.

815. Plan. Pour cela, il est légitime de questionner les tenants et les aboutissants de l'application de la règle de responsabilité envisagée à la personne morale de droit public exploitante d'une activité à risque, et par extension, aux personnes privées en charge d'un service public³⁶²⁴ (1.). Cela étant, et une fois sortie du droit administratif, la notion de personne morale de droit public peut prendre une autre dimension, et viser un autre sujet de droit à l'égard duquel l'application de la règle de responsabilité

³⁶¹⁸ Pour en témoigner, on pourra d'ailleurs rappeler l'une des définitions du terme « responsabilité » retenu dans le *Dictionnaire de droit international public* de Jean SALMON visant « la responsabilité ayant la même nature qu'une responsabilité de droit civil interne (responsabilité pour faute, responsabilité objective ou causale, ou absolue) et qui, par l'effet de conventions internationale, s'applique aux États aussi bien qu'aux opérateurs privés » : J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « Responsabilité ».

³⁶¹⁹ J.-M. PONTIER, « Le droit nucléaire, droit à penser », *AJDA*, 2015, p. 1683. Sur ce point voy. H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, op. cit., p. 78 et surtout l'étude de A. ANTOINE, T. OLSON (dirs), *La responsabilité de la puissance publique en droit comparé*, Paris, Société de législation comparée, 2016, 551 p.

³⁶²⁰ A. ANTOINE, « Rapport de synthèse » in A. ANTOINE, T. OLSON (dirs), *La responsabilité de la puissance publique en droit comparé*, op. cit., p. 19

³⁶²¹ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 927.

³⁶²² J.-M. PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, pp. 187-196.

³⁶²³ *Ibid*, p. 196.

³⁶²⁴ Les personnes privées gérant un service public ne sont traditionnellement pas considérées comme des personnes publiques entendu comme des personnes morales de droit public : voy. A. VAN LANG, G. GONDOUIN, *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2021, s.v. « Personne morale de droit public ».

questionne également : il s'agit de l'organisation internationale exploitante d'une activité à risque, et plus spécifiquement d'une installation de fusion à l'instar d'ITER (2.).

1. L'application de la règle aux activités administratives à risque

816. Plan. Parce qu'à l'endroit des activités à risque, le droit de la responsabilité administrative démontre son insuffisance et sa complexité (a.), il s'agira d'envisager la possibilité d'unifier le contentieux dans ce domaine en soumettant les dommages causés par les activités à risque poursuivies par l'administration ou conduites pour « son compte » à la règle de responsabilité civile formulée présentement (b.).

a. Une application justifiée de la règle de responsabilité du fait des activités à risque

817. Plan. Sur deux points, les activités à risque permettent de mettre en exergue les faiblesses du droit de la responsabilité administrative. D'une part, elles participent à mettre en lumière les insuffisances de ce droit à réceptionner les dommages causés par ces dernières (i.). D'autre part, et surtout, elles y font l'objet de solutions peu cohérentes, qui exposeraient les victimes d'activités à risque, et notamment les victimes des activités de fusion nucléaire, au risque d'un traitement différencié injustifié (ii.).

i. Les activités à risque : révélatrice des insuffisances de la responsabilité administrative

818. L'insuffisance des régimes de responsabilité administrative « fondés » sur le risque. D'apparence, la responsabilité de la personne publique exploitante d'une activité à risque paraît simple. Depuis l'arrêt *Regnault-Desrozières* concernant l'explosion d'un stock de munitions de guerre entreposées dans le fort de la Double Couronne, ce droit connaît en effet un semblant de régime de responsabilité du fait des activités dangereuses³⁶²⁵. Alors limitée au « risque spécial de voisinage »³⁶²⁶, cette jurisprudence a effectivement introduit le premier cas de responsabilité *même sans faute* réputée fondée sur le risque-créé³⁶²⁷ ou risque-danger³⁶²⁸ de l'administration à l'égard des tiers³⁶²⁹. Elle se révèle pourtant de peu d'intérêts dans le cadre de cette étude. Ce n'est pas dire qu'elle n'a pas connu un certain succès, le juge n'ayant pas hésité à étendre cette situation de risque à celle de « risque

³⁶²⁵ Voy. CE, 28 mars 1919, n°62273, *Regnault-Desrozières*, *Rec. Lebon*, p. 329.

³⁶²⁶ S. HENETTE-VAUCHEZ, « Responsabilité sans faute », *Répertoire Dalloz de la puissance publique*, 2020, § 134.

³⁶²⁷ Voy. B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, *op. cit.*, p. 148.

³⁶²⁸ Voy. H. BELRHALLI, *Responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 222

³⁶²⁹ Le droit administratif connaissait déjà une responsabilité même sans faute plus ou moins fondée sur le risque (le fondement est discutable et discuté) avec l'arrêt *Cames*. Cet arrêt concernait toutefois le dommage subi par l'ouvrier de l'industrie étatique de guerre. Concernant le risque professionnel, il a ainsi davantage ouvert la voie à la responsabilité pour les dommages subis par les collaborateurs occasionnels du service public : voy. S. HENETTE-VAUCHEZ, « Responsabilité sans faute », *Répertoire de la puissance publique*, 2020, §§ 121 et ss ; F. VINCENT, H-B. POUILLAUDE, « Responsabilité de la puissance publique – Responsabilité sans faute », *JCL Responsabilité civile et assurance*, fasc. 370-30, 2015, §§ 50 et ss ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1548.

exceptionnel »³⁶³⁰ ou à d'autres activités présentant « un risque spécial »³⁶³¹ pour les tiers, si bien qu'il en est né une classification de la responsabilité *même sans faute* du fait des dommages causés par l'emploi des choses dangereuses, par des situations de risque exceptionnel (situations dangereuses) et par l'emploi de méthodes créant un risque spécial (méthodes dangereuses). Toutefois, cette jurisprudence ne fait l'objet d'aucune systématisation, le juge administratif n'ayant jamais élaboré de véritable théorie des activités dangereuses « faisant ainsi preuve d'un empirisme dénué de tout conceptualisme »³⁶³². Cette idée est d'ailleurs confortée par le faible nombre des cas aujourd'hui recensés ou par la limitation de son domaine d'intervention participant à confirmer l'assertion selon laquelle « le "risque spécial", c'est en quelque sorte l'équivalent de la faute lourde dans le contentieux de la responsabilité administrative pour faute »³⁶³³. La responsabilité à raison de l'emploi de choses dangereuses ne connaît ainsi plus que quelques cas d'application rares liés à l'emploi d'armes dans le cadre du service public régalién de la police³⁶³⁴. De même, la responsabilité du fait des méthodes créant un risque spécial n'est pas véritablement sortie du champ de son premier cas d'application : celui impliquant certaines méthodes d'éducation surveillée ou de détention, ou certaines méthodes thérapeutiques³⁶³⁵. Quant à la responsabilité du fait des situations de risque exceptionnel, ses cas d'application sont trop incertains pour affirmer qu'elle puisse nous servir³⁶³⁶. Particulièrement restrictif, le risque exceptionnel ou spécial s'avère inapte à réceptionner les dommages causés par

³⁶³⁰ La jurisprudence *Regnault-Desroziers* fondée sur le « risque excédant les limites anormales du voisinages » s'est en elle-même vite tarie, sous le coup de l'adoption de lois ou de régimes venant en limiter la portée, et sur l'extension de la jurisprudence concernant les choses dangereuses comme il le sera vu ci-dessous : voy. S. HENETTE-VAUCHEZ, « Responsabilité sans faute », *op. cit.*, §§ 121 et ss. C'est avec l'arrêt *Leconte*, concernant l'emploi d'armes dangereuses, que le juge opère un double mouvement. D'un côté, il subordonne l'engagement de la responsabilité de la puissance publique à l'existence plus exigeante d'un risque « exceptionnel » et d'un autre côté, il la déclare engagée vis-à-vis « des personnes et [des] biens », et non seulement vis-à-vis des voisins : voy. CE, 24 juin 1949, *Leconte Rec. Lebon* p. 307.

³⁶³¹ Voy. CE, 3 février 1956, *Min. Justice c/ Thouzellier, Rec. Lebon*, p. 49 lequel inaugure la jurisprudence relative aux méthodes créant un risque spécial (mesure libérale d'éducation d'un mineur délinquant). Le risque devient spécial et joue pour les tiers.

³⁶³² M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994, p. 128 et rapprochez avec J. MOREAU, « Les choses dangereuses en droit administratif français » in *Les choses dangereuses*, Paris, Dalloz, 1967, p. 256.

³⁶³³ C. GUETTIER, « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », *op. cit.*, p. 1499 confirmant ainsi une fonction sacrificielle de la responsabilité administrative même sans faute déjà évoquée *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 1, *Introduction*.

³⁶³⁴ Historiquement, l'arrêt *Regnault-Desroziers* concernait l'emploi de choses dangereuses (explosif) : voy. également CE, 21 octobre 1966, *SNCF, Rec. Lebon*, p. 557. Il a par suite été étendu aux véhicules avant que la responsabilité sur ce fondement ne soit transférée au juge judiciaire par la loi n°57-1424 du 31 décembre 1957. Quant aux autres choses dangereuses, elles ont connu une expansion particulière avec les mines et surtout les ouvrages de transport et de distribution d'électricité, de gaz ou d'eaux. Elles sont toutefois aujourd'hui régies par le droit des ouvrages publics : voy. S. HENETTE-VAUCHEZ, « Responsabilité sans faute », *op. cit.*, § 141 ; B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif, op. cit.*, p. 148 et P. TIFINE, « La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux dans la structure de la responsabilité du fait des ouvrages publics », *RDP*, 1996, pp. 1418 et ss. Dès lors, le domaine des choses dangereuses est aujourd'hui fortement limité à l'emploi de certaines armes sur le fondement de l'arrêt *Leconte*, dont on retrouve quelques rares cas devant les juges du fond : voy. pour exemple CAA, 3 juillet 2018, n°17NT00411, M.C. On notera par ailleurs que cette jurisprudence est relativement restrictive puisque la responsabilité *même sans faute* ne s'applique qu'aux tiers victimes de l'opération de police supposant l'emploi de l'arme : voy. sur ce régime les conclusions de François-Xavier DE BRÉCHOT dans l'affaire suscitée « Quel régime de responsabilité en cas de tir de flash-ball ? », *JCP A*, 2018, 2234.

³⁶³⁵ Ce domaine est en effet resté fortement limitée à celui de la jurisprudence *Thouzellier* l'ayant instituée. Elle concerne ainsi principalement les dommages causés par les mineurs délinquants faisant l'objet d'une méthode de rééducation libérale, les malades psychiatriques ou les détenus bénéficiant de méthodes libérales pour les dommages causés aux tiers lors des sorties : voy. CE, 19 décembre 1969, *Éts Delannoy, Rec. Lebon*, p. 595 ; CE, 2 décembre 1981, *Ministre de la Justice c/ Theys*, n°25861 ; CE, 13 juillet 1967, *Département de la Moselle*, p. 341 ; CE, 5 décembre 1997, n°142263, *Garde des Sceaux, Min. de la Justice c/ Pelle, Rec. Lebon*, p. 481 ; S. HENETTE-VAUCHEZ, « Responsabilité sans faute », *op. cit.*, §§ 144 et ss et F. VINCENT, H-B. POUILLAUDE, « Responsabilité de la puissance publique – Responsabilité sans faute », *op. cit.*, §§ 18 et ss.

³⁶³⁶ Ce fondement a ainsi servi diverses hypothèses : voy. CE, 6 novembre 1968, *Demoiselle Saulze, Rec. Lebon*, p. 550 (dommage subi par l'enfant à naître à raison de la contraction par la mère institutrice, et donc particulièrement exposée au risque, de la rubéole) ; TA Paris, 20 décembre 1990, *M. et Mme B. c/ Min. Défense, Rec. Lebon*, p. 514 (contraction du VIH d'un homme par le biais de son épouse infirmière) ; CE, 19 octobre 1962, *Perruche, Rec. Lebon*, p. 555 (dommage subi à raison de l'ordre donné au consul de demeurer en poste en présence de troubles) ; CE, 17 décembre 2008, *M. Ginoux*, req. n° 307827 (dommage subi par le médecin chef maintenu sur le territoire centrafricain en présence de mutineries). Très rarement mise en œuvre et relativement restrictive, elle semble davantage viser les dommages subis à raison de l'exposition d'une personne à des risques exceptionnels pour raison de service. Pour Hafida BELRHALLI, ces cas relèveraient d'ailleurs davantage de la catégorie des collaborateurs occasionnels du service public : H. BELRHALLI, *Responsabilité administrative, op. cit.*, p. 207.

certaines activités à risque. Pour exemple, certes éloignée du risque nucléaire de fusion, la dangerosité que ferait courir aux spectateurs le tir d'un feu d'artifice, quand il n'est pourtant pas exclu qu'un tel service public puisse constituer le siège d'une activité à risque³⁶³⁷, n'a pas été considérée par le Conseil d'Etat.

819. La complexité du régime des travaux publics. À dire vrai, le seul ilot de responsabilité *même sans faute* impliquant l'idée de la réalisation d'un risque et susceptible d'intéresser le propos est donc celui du domaine des travaux publics. Susceptible de concerner des situations fort éloignées de notre objet d'étude par sa richesse, ce régime a néanmoins servi à la réparation de dommages dont les circonstances révélaient l'existence d'un risque anormal, tel que la rupture du barrage de Malpasset³⁶³⁸. Pour autant qu'il est intéressant, ce régime n'en demeure pas moins difficile à appréhender. Il repose d'abord sur la distinction (en réalité de faible importance au sein de notre étude) entre le travail public³⁶³⁹ et l'ouvrage public³⁶⁴⁰. Ensuite, il implique de différencier les dommages dits permanents des dommages dits accidentels ; même si seuls les seconds seraient susceptibles de nous intéresser. En effet, la réalisation d'un risque anormal tel que défini ci-devant reste très éloignée de l'idée de fonctionnement normal qui caractérisent les premiers³⁶⁴¹. Enfin, il implique de faire la distinction entre les participants à l'opération de travail public, les usagers de l'ouvrage public et les « tiers » victimes, puisque seuls ces derniers bénéficient d'une (véritable) responsabilité *même sans faute*³⁶⁴². Une exception demeure néanmoins pour l'utilisateur qui peut bénéficier

³⁶³⁷ Voy. CE, 2 février 1958, *Commune Daume*, *Rec. Lebon*, p. 118 ; CE, 30 mars 1979, *Moisan*, n°03527, *Rec. Lebon*, p. 143 et B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1554 pour qui cette jurisprudence montre, pour les choses dangereuses, que cette responsabilité est « limitée à l'emploi [de choses dangereuses] dans des circonstances anormales, propres à exposer les administrés à un risque exceptionnel ».

³⁶³⁸ Voy. CE, 28 mai 1971, *Dpt du Var c/ Entreprise Bec frères*, n°76216, *Rec. Lebon*, p. 419

³⁶³⁹ Le travail public était initialement défini comme tout travail immobilier réalisé dans un but d'intérêt général pour le compte d'une personne publique : voy. CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, n°45681, *Rec. Lebon*, p. 573. La notion a été étendue par la suite, pour recouvrir non seulement les travaux accomplis pour le compte d'une personne publique, mais aussi ceux entrepris dans le cadre de la réalisation d'une mission de service public, dès lors qu'ils sont assurés par une personne publique : TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, n°01525, *Rec. Lebon*, p. 617 ; J.-P. DUBOIS, « Travaux public », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, 2021, §§ 12 et ss ; J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 8^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2020, pp. 223 et ss.

³⁶⁴⁰ On rappellera que l'ouvrage public est devenu autonome du travail public dans ce sens qu'il n'en constitue pas nécessairement la finalité : voy. TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, n°01525, *Rec. Lebon*, p. 617 ; TC, 22 février 1960, *Borel*, *Rec. Lebon*, p. 858. La définition de l'ouvrage public a donc été posée en *Introduction* comme un bien immobilier ayant fait l'objet d'un aménagement (de telle manière à être) affecté l'utilité publique : voy. J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 239 et ss et J. PETIT, « Ouvrage public – Notion », *JCL Propriété publiques*, fasc. 8, 2020.

³⁶⁴¹ Il est en réalité une pluralité de types de dommages de travaux publics. Il est les dommages résultant d'un travail public ou de la construction d'un ouvrage public ; ceux résultant de l'existence d'un ouvrage public ; ceux résultant d'un vice dans la conception ou d'un défaut d'entretien normal d'un ouvrage public ; ceux résultant du fonctionnement d'un ouvrage public et enfin ceux résultant de l'inexécution d'un travail public ou de l'absence d'un ouvrage public : voy. J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, pp. 430 et ss. Ainsi, l'expression de dommages permanents, forgée par la doctrine vise, non pas les dommages permanents du point de vue temporel, mais des dommages nécessaires, inhérents, inéluctable à la réalisation de certaines opérations de travaux publics ou à l'existence/fonctionnement normal de l'ouvrage public. Par opposition, le dommage accidentel vise celui qui n'aurait pas dû se produire. Surtout, la différence ne vaut que pour les tiers, puisque les victimes d'un dommage permanent devront apporter la preuve d'un dommage anormal et spécial : voy. CE, 10 avril 2019, n°411961, *Compagnie nationale du Rhône*, *Inédit* et pour un exemple concernant une centrale nucléaire CE, 2 octobre 1987, *E.D.F c. Mme Spire*, n°68894, *Rec. Lebon*, p. 302. Il convient de plus de souligner que cette distinction fait l'objet de critiques : voy. parmi d'autres J.-P. FERREIRA, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 339 et ss et E. BARBIN, « Que reste-t-il de la distinction entre dommage permanents et accidentels ? », *AJDA*, 2019, pp. 1821-1826.

³⁶⁴² Pour les participants aux opérations de travaux public, il s'agit d'appliquer le régime de la faute « simple ». Pour les usagers d'un ouvrage public, la responsabilité est engagée si elle résulte d'un défaut d'entretien normal de l'ouvrage public (ou vice de construction). Il bénéficie alors d'une forme de responsabilité pour faute présumée puisqu'il incombe la personne responsable d'apporter la preuve de l'entretien normal. Pour les tiers, la responsabilité est *même sans faute* et ils ne doivent a priori pas démontrer le caractère anormal et spécial du préjudice. L'ensemble des fondements accompagnant ces distinctions restent largement discutés : voy. J.-P. DUBOIS, « Travaux public », *op. cit.*, §§ 117 et ss ; J. PETIT, G. EVEILLARD, « Ouvrage public – régime », *JCL Propriétés publiques*, fasc. 9, 2019, §§ 277 et ss et O. RENARD-PAYEN, « Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics – Dommage subis par les tiers », *JCL Administratif*, fasc. 934, 2021 ; « Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics – Dommage subis par les usagers », *JCL Administratif*, fasc. 932, 2019, sp. §§ 31 et ss et J.-P. FERREIRA, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, *op. cit.*, pp. 308 et ss.

d'une (véritable) responsabilité *même sans faute* en cas « d'ouvrage exceptionnellement dangereux »³⁶⁴³. Une fois toutes ces conditions remplies, le régime pourrait ainsi servir les victimes d'activités à risque, qu'elles se matérialisent dans l'exploitation d'un ouvrage public ou même dans la poursuite d'un travail public. Sans préjuger de l'existence d'un risque anormal, on pourra en effet penser au cas dans lequel un individu a été électrocuté à la suite de l'explosion d'une mine utilisée pour des travaux publics³⁶⁴⁴ ou à celui ayant été blessé par un incendie provoqué par des travaux de désherbage thermique³⁶⁴⁵. De plus, le juge a entrepris de le dommage de travaux publics doter d'une définition extensive jusqu'à l'étendre aux dommages causés par le matériel (non effectivement) utilisé pour l'opération de travail public³⁶⁴⁶, ou plus encore au « fait d'exploitation » entendu comme le fait du service public qui exploite l'ouvrage du moment qu'il existe un lien avec ce dernier³⁶⁴⁷ : l'ouvrage ne joue alors qu'un « rôle intermédiaire », mais suffisant³⁶⁴⁸. Résultat du caractère « de la force d'attraction de l'ouvrage public [ou du travail public] sur les actions qui s'y rattache »³⁶⁴⁹ et qui permet son application dès lors qu'il « existe une relation quelconque avec l'exécution d'un tel travail [ou l'ouvrage] »³⁶⁵⁰, telle est la raison pour laquelle le régime pourrait révéler son intérêt dans le cadre d'une exploitation « publique » d'un réacteur nucléaire de fusion ou quelconque autre installation classée³⁶⁵¹.

Pour autant, ce régime comporte des limites susceptibles de nuire à la réparation des dommages subis par les victimes d'activités à risque, lesquelles dépassent sa (trop) difficile systématisation³⁶⁵². D'une part, il repose essentiellement sur la distinction entre tiers et usagers (participants), qui n'est pas

³⁶⁴³ CE, 6 juillet 1973, *Ministre de l'équipement et du logement c/Dalleau*, n°82406, *Rec. Lebon*, p. 482.

³⁶⁴⁴ Voy. CE, 3 novembre 1952, *Grau*, *Rec. Lebon*, p. 503.

³⁶⁴⁵ Voy. CAA Nantes, 16 mars 2018, n° 16NT01793, *A. B. et a.* On pourra également faire référence à certains travaux d'aménagement souterrains, susceptibles de provoquer des effondrements : CE, 29 décembre 1989, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble 17 quai Saint Michel*, n°50672.

³⁶⁴⁶ Voy. CE, 4 octobre 1957, *Ministre des Travaux publics c/Beaufils*, *Rec. Lebon*, p. 510 ; J-M. AUBY, P. BON, J-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 411.

³⁶⁴⁷ Le fait d'exploitation a ainsi été défini comme « se rattachant étroitement au comportement et à l'activité du personnel chargé de l'exploitation du service et de l'ouvrage public, lesquels sont distincts [...] de l'existence de l'ouvrage public proprement dit » : voy. M. PIERNET, « concl. sous T.A. Versailles, 5 février 1957 », *AJDA*, 1957, II, p. 68.

³⁶⁴⁸ L'état initial de la jurisprudence consistait à exclure les dommages causés par le fonctionnement du service exploitant l'ouvrage public du champ des dommages de travaux publics, sauf si le dommage résultait de l'existence même de l'ouvrage ou des conditions de sa constructions (CE, 6 mars 1903, *Cie des tramways de Cannes*, *D.* 1904, 3, p. 93). Cette distinction, connue sous le nom de théorie du fait d'exploitation, a été abandonnée, d'abord pour les services publics administratifs, puis pour les services publics industriels et commerciaux : CE, 26 juillet 1929, *Commune de Chailly-en-Bière*, *Rec. Lebon*, p. 888 ; CE, 27 novembre 1931, *Lemaire*, *Rec. Lebon*, p. 1049 et CE, 25 avril 1958, *Veuve Barbaza*, *Rec. Lebon*, p. 228 ; TC, 19 mai 1958, *Tramuta*, *D.* 1960, p. 62 ou encore Cass. civ. 1, 23 juin 1981, n°80-14.499, *Bull. civ. I*, n°230. Est donc assimilable à un fait de l'ouvrage la faute des agents chargés d'assurer le fonctionnement de l'ouvrage, par exemple de manœuvre dangereuse ou des défauts de surveillance : CE, 29 avril 1931, *Ministre des travaux publics c/ Bocquet*, *Rec. Lebon*, p. 80 ; CE, 15 décembre 1944, *Secrétaire d'État aux Communications c/ Rio*, *Rec. Lebon*, p. 323 ; CE, 10 juin 1988, *Cts Metnaoui*, *Rec. Lebon*, p. 235 ou encore TC, 16 mai 1983, *Préfet, commissaire de la République du dpt de la Loire c/Tribunal de grande instance de Montbrison*, *Rec. Lebon*, p. 538. Sur ce point, voy. particulièrement J. PETIT, G. EVEILLARD, « Ouvrage public – régime », *op. cit.*, §§ 187 et ss ; M. DEGUERGE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, pp. 274 et ss.

³⁶⁴⁹ J. APPLETON, « note sous CE, 26 juillet 1929, *Commune de Chailly-en-Bière* », *D.*, 1930, 3, p. 1

³⁶⁵⁰ R. LATOURNERIE, « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *op. cit.*, p. 23 et plus généralement sur voy. J-P. FERREIRA, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, *op. cit.*, pp. 394 et ss ou encore H-B. POUILLAUDE, *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, thèse, Paris II, 2011, pp. 503 et ss.

³⁶⁵¹ On notera que le dommage résultant du défaut de remise en état du site à la suite de l'arrêt définitif de l'installation est ainsi lié aux conditions de fonctionnement de cet ouvrage : voy. TC, 4 juillet 2011, *Sociétés civiles immobilières « Malesherbes Opéra » et « La Villa Blanche » c/ Société nationale des chemins de fer français*, n° 3793, *Rec. Lebon*, p. 701. De plus, on pourra rajouter que l'intérêt de ce régime est qu'il permet, en principe, une identification aisée du responsable dans le maître d'ouvrage, bien que la victime puisse bénéficier d'options : voy. J. PETIT, G. EVEILLARD, « Ouvrage public – régime », *op. cit.*, §§ 294 et ss ; O. RENARD-PAYEN, « Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics – Mise en œuvre de la responsabilité », *JCL Administratif*, fasc. 930, 2021, §§ 21 et ss ; J-P. DUBOIS, « Travaux publics », *op. cit.*, §§ 167 et ss.

³⁶⁵² Sur ce point, il suffira pour s'en convaincre de s'en référer aux références doctrinales citées lesquelles démontrent tant une divergence de fondement de ce régime qu'un recensement empirique conséquent aux fins d'en déterminer les contours.

toujours évidente à établir, le juge n'ayant eu cesse d'étendre la seconde catégorie au détriment de la première³⁶⁵³. Certes, on pourra arguer que dans le cadre d'activité à risque, il pourrait être difficile pour l'administration de lutter contre la présomption du défaut d'entretien normal applicable aux usagers. De même, on pourra rappeler que la jurisprudence entend faire abstraction de la distinction en présence d'un « ouvrage exceptionnellement dangereux ». Mais, alors que dans le cadre d'un service public industriel et commercial, la distinction tiers-usager est d'autant plus marquée comme on le verra quelques lignes plus bas, il nous faut d'ores et déjà souligner que « l'isolement » de la jurisprudence évoquée en demeure son « seul titre de gloire »³⁶⁵⁴. D'autre part, et, quel que soit le caractère attractif du régime des travaux publics, il implique encore que le dommage soit lié à un ouvrage public ou à une opération de travaux publics. Or il est des activités à risque qui ne reposent pas sur l'existence d'un ouvrage public ou une opération de travaux publics³⁶⁵⁵, comme il est des versants d'une activité à risque qui seraient détachables de l'ouvrage. Tel pourrait être le cas du transport de choses, substances dangereuses ou éventuellement des substances nucléaires de fusion³⁶⁵⁶. Non destiné à réceptionner le risque anormal, ce régime ne saurait donc en satisfaire les victimes.

820. Conclusion intermédiaire. On pourra arguer que l'administration est, aujourd'hui, rarement créatrice directe de risque pour les individus et on pourra affirmer que l'on « s'exagère de

³⁶⁵³ Voy. sur ce point J-P. FERREIRA, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, op. cit., pp. 350-351 évoquant un « pouvoir absorbant » de la notion qui inclut les « candidats usagers » ou ceux qui utilisent l'ouvrage à des fins autre que sa destination normale, ou encore ceux qui subissent les dommages d'un ouvrage que le juge incorpore à un autre ouvrage ou lui considère comme accessoire. Pour donner un exemples parmi une jurisprudence abondante, c'est ainsi que furent considérés comme usager le pêcheur usant d'un étang s'étant électrocutés en accrochant sa ligne à une ligne haute-tension (CE, sect., 26 février 1992, *Cne Berthoncourt*, Rec. Lebon, p. 268) ou encore le cyclomotoriste faisant une chute à raison d'un affaissement de la chaussée à l'endroit où une fosse avait été creusé pour réparer une canalisation (CE, 12 janvier 1962, *EDF c/Consorts Allamargot*, Rec. Lebon, p. 29). Il en va de même de la qualité de participant à une opération de travail public, bien que certains cas puissent éventuellement tomber sous le coup de la responsabilité du fait de la collaboration occasionnelle du service public : voy. J-P. FERREIRA, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, op. cit., pp. 350-351 ; J-M. AUBY, P. BON, J-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, op. cit., pp. 444-446 et plus largement O. RENARD-PAYEN, « Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics – Dommage subis par les usagers », op. cit. De plus, la victime peut être atteinte à la fois en tant qu'usager et en tant que tiers : voy. CE, 22 oct. 1971, n°76200, *Ville Fréjus*, Rec. Lebon, p. 630 concernant la rupture du barrage de Malpasset où la commune était « usagère » à l'endroit des dommages causés aux canalisations d'eau que le barrage alimentait et tiers pour les autres dommages.

³⁶⁵⁴ Héritage du risque exceptionnel fait en effet l'objet d'une appréciation très restrictive : voy. I. POIROT-MAZÈRES, « Atypie et contenu de la décision : Conseil d'État, 6 juillet 1973, *Ministre de l'équipement et du logement c/Dalleau* » in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les décisions juridictionnelles atypiques*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse, 2006, pp. 33-55, sp. § 28 et P. TIFINE, « La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux dans la structure de la responsabilité du fait des ouvrages publics », op. cit. La plupart du temps, la notion est évoquée aux fins d'être rejetée : voy. J. PETIT, G. EVEILLARD, « Ouvrage public – régime », op. cit., §§ 269-271 ; J-P. DUBOIS, « Travaux public », op. cit., §§ 139-140 et pour un exemple rare CAA Lyon, 31 juillet 1989, n° 89LY00135, *Bertsch*.

³⁶⁵⁵ Un spectacle pyrotechnique pourrait ainsi ne pas autoriser la qualification d'ouvrage public : voy. CE, 27 juillet 2015, n°367864, *MAIF c/Commune de Vaxoncourt, Inédit* ; CAA Lyon, 18 novembre 2021, n°19LY04801.

³⁶⁵⁶ La position de la jurisprudence est sur ce point assez ambivalente. Par principe, en effet, la loi du 31 décembre 1957 exclut du régime des travaux publics les dommages causés « par un véhicule quelconque », et les soumet au juge judiciaire. Or la notion de véhicule est entendue de manière large tout comme les dommages qu'occasionne leur emploi : voy. pour exemple CE, 29 octobre 1975, *Compagnie d'assurance « Le secours » et Castells*, n°94965, T. Lebon 915 : est solidaire d'un véhicule, l'obusier y étant transporté. Mutatis mutandis, la solution pourrait donc s'appliquer à nos cas. Néanmoins, la jurisprudence connaît encore de multiples tempéraments. Ainsi, le dommage causé au cours d'un « transport » pourra relever du régime des travaux publics s'il se rattache à la conception ou l'exécution d'une opération de travaux publics prise dans son ensemble ou dans l'existence, l'organisation et les conditions de fonctionnement d'un ouvrage public prise dans leur ensemble. En revanche, si le transport est la cause déterminante du dommage, alors le juge judiciaire restera compétent : voy. TC, 12 février 2001, *Commune de Courdimanche et compagnie Groupama Ile-de-France c/Agent judiciaire du trésor*, n°03243, Rec. Lebon, p. 735 ; Cass. civ. 1, 23 février 2012, n°10-27.336, *Bull. civ. I*, n°38, p. 33 *contra* TC, 12 décembre 2005, *France Telecom c/Travaux publics électricité*, n°C3481, Rec. Lebon, p. 665 ; TC, 12 décembre 2005, *GDF c/ Société Jean Lefebvre Picardie*, n°C3492, Rec. Lebon, p. 665 et plus largement J-M. AUBY, P. BON, J-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, op. cit., pp. 419-421 ; J. PETIT, G. EVEILLARD, « Ouvrage public – régime », op. cit., §§ 208 et ss.

l'antinomie » entre la faute et la responsabilité *même sans faute* fondée sur le risque³⁶⁵⁷. Alors que la limitation de la responsabilité *même sans faute* servait initialement à ne pas accabler l'administration³⁶⁵⁸, elle ne serait aujourd'hui que la manifestation du fait que « faire courir un risque anormal aux citoyens est fautif et engage la responsabilité de l'administrative pour faute »³⁶⁵⁹ et que « c'est une faute pour l'administration de créer un risque, en entretenant par exemple une activité dangereuse »³⁶⁶⁰. Cette place de la faute, qui a ainsi déjà été affirmée par le prisme des activités de contrôle, serait également prégnante à l'endroit des cas envisagés ici³⁶⁶¹. Elle marquerait la doctrine du « risque fautif »³⁶⁶². Au-delà de l'apport théorique limité de cette doctrine qui autorise à confondre l'activité licite – même présentant un risque anormal – et le dommage illicite³⁶⁶³, elle n'en reste pas moins insuffisante à protéger les victimes d'activités à risque à l'instar des victimes futures et potentielles des activités de fusion. Cela est dû à la seconde particularité du droit de la responsabilité administrative : le fait qu'il puisse autant viser la responsabilité de personnes publiques que celle de personnes privées, quand réciproquement la responsabilité de la puissance publique n'est pas l'apanage du seul juge administratif³⁶⁶⁴.

ii. Les activités à risque : révélatrice de l'incohérence de la responsabilité administrative

821. Une distinction SPIC/SPA malaisée. Le principe de la responsabilité administrative est supposé être aisé à comprendre : la responsabilité des personnes publiques relève en principe du juge administratif et du droit de la responsabilité administrative. Quant à la responsabilité des personnes privées, elle ressort en principe du juge judiciaire et des règles du droit privé. Telle est l'idée de base des arrêts *Rothschild* et *Blanco* et la justification première de l'existence du droit de la responsabilité administrative. On s'en doute, la situation est, en réalité, bien plus complexe à appréhender. Quoique la responsabilité de l'administration ait fondé le développement du droit administratif, elle est également un domaine dans lequel la compétence du juge est particulièrement fragile et ne bénéficie d'aucune protection constitutionnelle³⁶⁶⁵. Certaines matières sont ainsi constitutionnellement

³⁶⁵⁷ Cette référence à J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, Paris, PUF, 1956, p. 300 qui en droit civil avait défendu l'idée selon laquelle « aucun système de responsabilité ne tiendrait s'il n'était pas soutenu par une idée de faute diffuse » sera l'objet de développements ultérieurs. On peut néanmoins déjà affirmer qu'elle a servi le droit administratif où l'on s'interroge régulièrement sur le fait de savoir « pourquoi nous tenons tant à penser que la responsabilité sans faute et la responsabilité pour faute appartiennent à des univers radicalement différents, voire paradigmatiquement opposés ? » : D. DE BÉCHILLON, « A propos des catégories du droit de la responsabilité » in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, op. cit., p. 315. Sur ce point voy. B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, op. cit., pp. 374 et ss.

³⁶⁵⁸ Dans l'affaire *Regnault-Desrozier*, le commissaire du gouvernement Louis Corneille s'était d'ailleurs prononcé en faveur d'une reconnaissance de la responsabilité pour faute : L. CORNEILLE, « Concl. sur CE, 28 mars 1919, Regnault-Desroziers », *RDP*, 1919, pp. 239-253, sp. p. 249. Le Conseil d'État aurait écarté la faute que par une volonté de ne pas accabler l'administration dans un contexte d'activité nécessaire à la défense de la Nation : voy. G. GIULIANI, *Le risque administratif devant la jurisprudence et la législation, Contribution à l'étude de la responsabilité sans faute des administrations publiques*, thèse, Lyon, 1933, p. 140.

³⁶⁵⁹ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 5^{ème} éd., Paris, PUF, 2013, p. 427.

³⁶⁶⁰ B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, op. cit., p. 294.

³⁶⁶¹ Voy. M. G. AHLIDJA, *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif français*, op. cit., pp. 300-302 ; T. LEULEU, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, op. cit., pp. 251-252.

³⁶⁶² C. MAILLARD, J. MAILLARD, *Le responsabilité juridique*, Paris, Flammarion, 1999, p. 48.

³⁶⁶³ Sur la possibilité de fonder la responsabilité des exploitants sur la thèse d'une faute diffuse, voy. *infra* § 2.

³⁶⁶⁴ Sur la distinction entre « responsabilité de la puissance publique » « responsabilité administrative » et « responsabilité de l'administration » : voy. H. BELRHALL, *Responsabilité administrative*, op. cit., p. 23

³⁶⁶⁵ Voy. *a contrario* CC, 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, JO, 25 janvier 1987, p. 924.

réservées au juge judiciaire³⁶⁶⁶. D'autres lui ont été transférées, « compliquant comme à plaisir la délimitation de compétence entre les deux ordres de juridictions »³⁶⁶⁷. Depuis le « coup mortel »³⁶⁶⁸ porté par l'arrêt *Bac Eloka* à l'arrêt *Blanco*, tel est notamment le cas des services publics industriels et commerciaux³⁶⁶⁹. Les dommages causés dans le cadre du fonctionnement d'un service public industriel et commercial relèvent par principe du juge judiciaire et par une voie de liaison naturelle (mais non absolue) au droit de la responsabilité civile. Il est néanmoins quelques exceptions³⁶⁷⁰, et principalement celle dans le cas où réapparaît le caractère « attractif » de l'ouvrage public servant de support au service³⁶⁷¹. Or, cela pose plusieurs difficultés. D'abord, la distinction entre le service public industriel et commercial et le service public administratif est aujourd'hui bien difficile à établir. En l'absence de qualification explicite par le législateur, elle est laissée à la main du juge et à des critères d'une « médiocre fiabilité »³⁶⁷². L'hypothèse n'est certainement pas à écarter qu'un service public puisse constituer le siège d'une activité à risque, sinon même être une activité à risque³⁶⁷³, notamment quand on pense aux activités de recherche conduites par le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives, à l'activité de l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs³⁶⁷⁴ ou

³⁶⁶⁶ Il en va ainsi de la théorie de la voie de fait au titre de l'article 66 de la Constitution : voy. CC, 25 juillet 1989, n° 89-256 DC, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, JO, 28 juillet 1989, p. 9501, § 23 ; TC, 17 juin 2013, n°C3911, *Bergoend c/ERDF*, Rec. Lebon, p. 370 ; Cass. civ. 3, 18 janvier 2018, n°16-21.993, *Commune du Lavandou*, Bull. civ. III, n°6 ; Cass. pl., 28 juin 2019, n°19-17.330, *Vincent Lambert*, Bull. AP.

³⁶⁶⁷ J. MOREAU, « Compétence : répartition entre le judiciaire et l'administratif », *Répertoire de contentieux administratif*, 2016, § 464. Il en va ainsi des questions de responsabilité résultant du fonctionnement de la justice depuis l'arrêt TC, 27 novembre 1952, 01420, *Préfet de la Guyane*, Rec. Lebon, p. 642, des accidents impliquant des véhicules (loi du 31 décembre 1957) ou encore des fautes des membres de l'enseignement public ayant entraîné des accidents scolaires (loi du 5 avril 1937). Il arrive même que le juge judiciaire applique le droit administratif, notamment pour ce qui concerne les opérations de polices judiciaires, une compétence ayant d'ailleurs fait l'objet d'un renforcement récent : voy. H. BELRHALLI, *Responsabilité administrative*, op. cit., pp. 79 et ss ; E. BREEN, A. BEAL, « Compétence administrative ou judiciaire – Bases de répartition », *JCL Administratif*, fasc. 1045, 2021 et TC, 8 février 2021, n°2045 ; M.C. ROUAULT, « Un même terrain pour indemniser toutes les tierces victimes de perquisition », act. du 16 juin 2021, Lextenso.

³⁶⁶⁸ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 1, Paris, LGDJ, 1982, p. 145.

³⁶⁶⁹ Voy. TC, 22 janvier 1921, n° 0706, *Société commerciale de l'ouest Africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire*, Rec. Lebon, p. 91 ; TC, 11 juillet 1933, n°0784, *Dame Melinette*, Rec. Lebon, p. 1237 ; F. MELLERAY, « Lecture de la décision Bac d'Eloka », *AJDA*, 2021, pp. 92-97.

³⁶⁷⁰ Il échappe ainsi à la compétence du juge judiciaire les dommages trouvant leur source dans un acte d'organisation du service ou trouvant leur source dans l'exercice de prérogatives de puissance publiques : voy. TC, 4 novembre 1991, n°02676, *Camif*, Rec. Lebon, p. 476 ; TC, 19 janvier 1998, n°03084, *Union française express c/La Poste*, Rec. Lebon, p. 534 et plus généralement sur cette question E. BREEN, A. BEAL, « Compétence administrative ou judiciaire – Bases de répartition », op. cit., §§ 91 et ss ; J-F. LACHAUME, « Que reste-t-il de la distinction SPA-SPIC et de ses effets aujourd'hui », *AJDA*, 2021, pp. 60-68 ; J. MOREAU, « Compétence : répartition entre le judiciaire et l'administratif », op. cit., §§ 492 et ss.

³⁶⁷¹ On rappellera, en effet, que « la notion d'attractivité revêt une signification double : faire échec à la compétence judiciaire et englober d'autres domaines de la responsabilité au terme d'une appréciation souple du lien de causalité » : J-P. FERREIRA, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, op. cit., op. cit., p. 435 et pour un exemple récent Cass. civ. 1, 13 mars 2019, n°18-13.232, Bull. civ. I. Plus généralement, voy. O. RENARD-PAYEN, « Compétence en matière de travaux publics », *JCL Administratif*, fasc. 1048, 2021.

³⁶⁷² B. SEILLER, « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA*, 2005, p. 417. Aussi si l'on doit à l'arrêt CE, 16 novembre 1956, n°26549, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec. Lebon, p. 434 d'avoir identifié les critères de distinction, l'incertitude reste relativement présente : voy. parmi d'autres E. GOUIGIA, *L'ambiguïté de la distinction entre service public administratifs et les services publics industriels et commerciaux*, thèse, Caen, 1990, 442 p. ; J-F. LACHAUME, « Que reste-t-il de la distinction SPA-SPIC et de ses effets aujourd'hui », op. cit. ; B. SEILLER, « Évolution de la conception française du service français et de son dualisme », *JCP A*, 2007, 2097 ; E. FATÔME, « À propos de la distinction entre les établissements publics à caractère administratif et les établissements publics à caractère industriel et commercial » in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 171 et ss ; L. BAHOUAGNE, « Identification du service public », *Répertoire Dalloz du service public*, 2021, §§ 80 et ss ; J. MARTIN, D. THÉBAULT, « Service public à caractère industriel et commercial – Définition et typologie », *JCL Administratif*, fasc. 150-1, 2016.

³⁶⁷³ Voy. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit., p. 833 : « si l'on quitte le ciel des finalités première pour la terre des réalités plus concrètes, les services publics apparaissent surtout comme des activités : ils se placent dans le registre de l'agir et du faire ; ce sont sinon des prestations de service à fournir, du moins des missions qui se réalisent, des actions qui se déploient, des activités qui s'accomplissent ».

³⁶⁷⁴ Il s'agit là néanmoins d'EPIC. Par principe, la qualification législative du SPIC peut, ou devrait même, résulter de la seule qualification d'établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) que la loi donne à certains établissements publics. Mais en réalité, un même EPIC peut également gérer à la fois un SPIC et un SPA, voire ne gérer qu'un SPA. De plus, le juge peut ne pas en tenir compte, lui préférant son propre critère d'identification des SPIC. Dans le dernier état de la jurisprudence, le juge considère néanmoins que, lorsque la qualification d'EPIC est donnée par la loi à un établissement public, il n'existe qu'une présomption suivant laquelle le ou les services gérés sont industriels et commerciaux, « à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, telles la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur

encore aux risques que peuvent présenter certaines modalités du service public de l'électricité. Il en résulterait une difficulté certaine pour les victimes.

D'une part, elles bénéficieraient d'un régime de responsabilité distinct. Celles qui seraient victimes de la réalisation du risque anormal inhérent au fonctionnement d'un service public industriel et commercial pourraient bénéficier de l'application de la règle de responsabilité appelée de nos vœux³⁶⁷⁵. En revanche, tel ne serait pas le cas lorsque la « brèche »³⁶⁷⁶ serait ouverte par l'hypothèse où la victime serait « tiers »³⁶⁷⁷ d'un dommage trouvant sa source dans le fait — même intermédiaire³⁶⁷⁸ — d'un ouvrage servant de support à l'exploitation du service public de l'électricité — comme cela pourrait éventuellement être le cas d'un réacteur de fusion nucléaire³⁶⁷⁹ ou d'un barrage³⁶⁸⁰. Quant aux victimes d'une autre activité à risque de l'administration, elles pourraient bénéficier — outre l'existence d'un régime spécial — d'une règle de responsabilité *même sans faute* dans deux hypothèses : celle où le juge verrait un cas d'application d'une des hypothèses de responsabilité à raison de la dangerosité (choses dangereuses, méthodes dangereuses, situations dangereuses) ou celle dans laquelle la victime serait victime « tiers » d'un travail public ou de l'exploitation d'un ouvrage public — ou victime « usager » d'un ouvrage public exceptionnellement dangereux. Dans les autres cas, c'est en principe une responsabilité pour faute qui devrait s'appliquer, qu'il s'agisse d'une faute de service ou d'un « défaut d'entretien normal ». D'autre part, et surtout, ces victimes verraient leur sort obéir à une qualification du service public, sinon hasardeuse, à tout le moins incertaine. Cette difficulté se trouve encore exacerbée lorsque l'on observe que réciproquement, l'application de la responsabilité administrative n'est pas réservée aux seules personnes publiques.

822. Un caractère (trop) attractif du régime des travaux publics. En effet, si la personne privée est en principe soumise au juge judiciaire et au droit privé, il est des exceptions, lesquelles tiennent

nature de prérogatives de puissance publique » : voy. TC. 29 décembre 2004, n° 3416, *Époux Blanckeman c/ Voies navigables de France*, *Rec. Lebon*, p. 525 ; CE 3 octobre 2018, n° 410946, *Société Sonorbois*, *Rec. Lebon*, p. 610 ; J-F. LACHAUME, « Que reste-t-il de la distinction SPA-SPIC et de ses effets aujourd'hui », *op. cit.* et rapprochez du même auteur « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA* 2003, pp. 362-365 et E. FATÔME, « À propos de la distinction entre les établissements publics à caractère administratif et les établissements publics à caractère industriel et commercial », *op. cit.*

³⁶⁷⁵ On partira du principe que toute autre exception à la compétence du juge judiciaire (exercice de prérogative de puissance public, acte d'organisation du service) est trop éloignée de notre objet d'étude pour être envisagé.

³⁶⁷⁶ C. GUETIER, *La responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1996, p. 86.

³⁶⁷⁷ En principe, le SPIC absorbe la qualité d'usager d'un ouvrage public, si bien que les rapports entre l'exploitant et un usager relèvent du droit privé. Cela étant, cette distinction est également devenue ardue à établir puisqu'elle ne semble plus limiter à la relation contractuelle : . MOREAU, « Compétence : répartition entre le judiciaire et l'administratif », *op. cit.*, §§ 513 et ss ; J. PETIT, G. EVEILLARD, « Ouvrage public – régime », *op. cit.*, §§ 203 et ss. Cela étant, on pourrait largement admettre que les tiers victimes d'un accident nucléaire de fusion ne soit pas des usagers de l'installation ;

³⁶⁷⁸ On rappellera en effet que la théorie du fait d'exploitation a été abandonnée pour les services publics industriels et commerciaux par l'arrêt CE, 25 avril 1958, *Veuve Barbazza*, *Rec. Lebon*, p. 228. En revanche, on pourra noter que la Cour l'a abandonné bien plus tardivement notamment par l'arrêt précité Cass. civ. 1, 23 juin 1981, n°80-14.499, *Bull. civ. I*, n°230 et la distinction semble aujourd'hui ne plus subsister en témoigne l'arrêt, également précité, Cass. civ. 1, 13 mars 2019, n°18-13.232, *Bull. civ. I*. On notera cependant qu'elle a parfois fait preuve de réticence en recourant par exemple à la notion de faute détachable du travail public ou de l'ouvrage public ou en se servant (très) maladroitement de la qualification législative de l'établissement public industriel et commercial gérant l'ouvrage : voy. Cass. civ. 1, 6 mai 1985, n° 84-12.869, *Bull. civ. I*, n° 143, p. 131 et Cass. civ. 1, 1er mars 2017, n°15-28.664, *Bull. civ. I*, n° 53 et sur cette seconde affaire le commentaire G. EVEILLARD, « Réalisation de travaux publics par un établissement industriel et commercial », *D.A.*, 2017, comm. 41.

³⁶⁷⁹ Voy. *supra* Introduction, § 26.

³⁶⁸⁰ Outre les affaires relatives à la rupture du barrage de Malpasset, voy. CE, 29 avril 2010, n°323179, *Béligaud*, *Rec. Lebon*, p. 126 : « S'agissant des ouvrages de production d'électricité, il se déduit de l'article 2 de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, aux termes duquel "sont placées sous le régime de la concession les entreprises dont la puissance (...) excède 4 500 kilowatts", et de l'article 10 de cette même loi, qui prévoit que des obligations sont imposées aux exploitants de ces centrales, que cette loi a entendu donner à l'ensemble des ouvrages de production d'énergie hydroélectrique concédés, que la personne qui en est propriétaire soit publique ou privée, le caractère d'ouvrage public ». Voy. également sur ce point la jurisprudence pertinente sous l'article L121-3 du *Code de l'énergie*.

principalement au caractère attractif du régime des travaux publics. Ainsi, la personne privée en charge de l'exécution d'un travail public qui cause un dommage pourra être responsable devant la juridiction administrative³⁶⁸¹. Quant à la personne privée qui gère un service public, sa responsabilité sera en principe une responsabilité engagée devant le juge judiciaire³⁶⁸². Le critère organique ayant dominé le critère finaliste, c'est sur le fondement du droit privé qu'une personne privée qui gère une activité à risque (publique) pourra donc voir sa responsabilité engagée³⁶⁸³. Néanmoins, la règle souffre encore des exceptions³⁶⁸⁴, et d'abord celles supposant l'intervention d'un ouvrage public³⁶⁸⁵. Dans cette hypothèse, le régime s'applique de la même manière, tout comme ses exceptions.

Partant, et de cet exposé succinct des solutions que pourrait apporter le droit de la responsabilité administrative aux dommages causés par une activité à risque, le constat est mitigé, voire négatif. En effet, on pourrait encore s'accommoder d'un défaut de systématisation du droit de la responsabilité administrative quand on sait que l'administration est rarement créatrice de risque, et que, dans des hypothèses spécifiques, des régimes spéciaux ont pu être mis en place. Il en va ainsi des dommages causés à l'occasion d'opérations militaires, principalement régis par des dispositions législatives expresses³⁶⁸⁶. Cependant, outre les lacunes *de lege ferenda* susceptibles de survenir dans le domaine des

³⁶⁸¹ Sur cette hypothèse, voy. O. RENARD-PAYEN, « Compétence en matière de travaux publics », *op. cit.*, §§ 44 et ss.

³⁶⁸² Il n'est, en effet, plus exceptionnel aujourd'hui de rencontrer un service public géré en tout ou partie par une personne privée, quoique leur identification puisse parfois s'avérer délicate : voy. J.-P. NÉGRIN, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, Paris, LGDJ, 1970, 363 p. ; B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 841 et ss ; F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, *Droits des services publics*, 3^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2018, pp. 350 et ss ; C. LAPUELLE, « Mode de gestion des services publics », *Répertoire dalloz de service public*, 2021 ou encore L. JANICOT, « L'identification du service public géré par une personne privée », *RFDA*, 2008, pp. 67-79. Or cette externalisation emporte un transfert de responsabilité de la personne publique vers la personne privée dans les hypothèses de délégation *stricto sensu* (dit « concession » sous l'influence du droit de l'Union européenne), plus précisément celles dans lesquelles un contrat aurait pour effet de transférer de l'administration à son cocontractant la réparation initiale d'un dommage, que ce transfert résulte de la nature du contrat ou de dispositions contractuelles spécifiques. Il en résulte que dans le cadre de délégation contractuelle, le transfert de responsabilité apparaît aujourd'hui comme le critère législatif ultime : voy. CE, 13 nov. 1970, *Ville Royan*, *Rec. Lebon*, p. 683, *Code de la commande public*, art. 1121-1 ; F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, *Droits des services publics*, *op. cit.*, pp. 350 et ss ou encore J.-M. Pontier, « note sous CE, 16 février 2005, M. et Mme Laurel, n°211039 », *AJDA*, 2005, p. 1073. Quoiqu'il en soit, les personnes privées restent, par principe, soumises à une responsabilité civile de droit privé : voy. TC, 27 janvier 1964, *Sté ERVE c/ Cie Air France*, *Rec. Lebon*, p. 789 ; CE, 19 décembre 1969, n°74793, *Ets Delannoy*, *Rec. Lebon*, p. 596 ; CE, 13 octobre 1978, n°03335, *ADASEA du Rhône*, *Rec. Lebon*, p. 368 ; TC, 6 novembre 1978, n°02087, *Bernardi*, *Rec. Lebon*, p. 652 ; TC ; 23 juin 2003, n° 3360, *Sté Gan Eurocourtage*, *Rec. Lebon*, p. 714 ; TC., 6 juillet 2009, n° 3701, *Carlier c/ Assoc. SPRN*, *Inédit* ou encore CE, 21 décembre 2007, *Lipietz*, n°305966, *Rec. Lebon*, p. 540.

³⁶⁸³ Pour un exemple supposant la gestion d'un feu d'artifice par une personne privée : CE, 13 novembre 1970, n° 06145, *Ville de Royan*, *Rec. Lebon*, p. 683 ; CE, 2 octobre 1974, n° 90025, *Sieur Chatelais*, *Rec. Lebon*, p. 461 ou CAA Marseille, 3 novembre 2011, n° 10MA01286, *M. Carre*, *inédit*.

³⁶⁸⁴ La règle souffre plusieurs exceptions, mais relativement éloignées de notre objet d'étude. La principale reste le cas des dommages causés par la personne privée dans l'exercice des prérogatives de puissance publique qui lui ont été conférées pour l'exécution de la mission de service public : voy. CE, 13 octobre 1978, n°03335, *ADASEA du Rhône*, *Rec. Lebon*, p. 368 ; CE, 23 mars 1983, n° 33803, *Bureau Veritas*, *Rec. Lebon*, p. 134 ; et plus généralement A. BÉAL, « Compétence administrative ou judiciaire – Actes ou opérations se rattachant à une mission de service public comportant l'exercice de prérogatives de puissances publiques », *JCL Procédure civile*, fasc. 400-45, 2018 ; E. BREEN, A. BEAL, « Compétence administrative ou judiciaire – Bases de répartition », *op. cit.*, §§ 139 et ss ; J. MOREAU, « Compétence : répartition entre le judiciaire et l'administratif », *op. cit.*, §§ 526 et ss.

³⁶⁸⁵ On rappellera que lorsque l'administration délègue à une personne privée l'exploitation d'un service public, elle lui délègue généralement dans le même temps la gestion du bien utile et nécessaire à l'exécution de ce service. Le délégataire – quand bien même il ne devrait pas procéder lui-même à la construction du bien et quand bien même il ne lui appartiendrait pas – bénéficie donc d'une maîtrise sur ce bien et se rémunère grâce à son exploitation. Il est donc responsable tant financièrement que juridiquement de l'exploitation de cet ouvrage. Bien que ce mécanisme vaille pour toutes les « contrats de concession », il était initialement l'essence du contrat de « concession-type » en matière de travaux publics. Dans sa définition historique, la concession constituait en effet une forme de délégation de service public particulière qui se différenciait par la particularité que le concessionnaire avait la charge de la réalisation des ouvrages utiles à l'exploitation du service, quand l'affermage, par exemple, se limitait à la seule exploitation (rappelant la distinction entre garde de la structure et garde du comportement). Partant, sa responsabilité était totale à l'endroit des dommages causés par cet ouvrage qu'il soit permanent ou accidentel. On notera que la distinction est toujours utilisée par les tribunaux : voy. O. RENARD-PAYEN, « Mise en œuvre de la responsabilité », *op. cit.*, §44 ; J. PETIT, G. EVEILLARD, « Ouvrage public-régime », *op. cit.*, §§305-306 ; M. DEGUERGUE, « La garde dans les dommages de travaux publics », *AJDA*, 2007, p. 204 ; CE, 26 nov. 2007, n° 273302, *Migliore*, T. Lebon ou encore CAA Lyon, 18 octobre 2018, n° 16LY01505, *Epoux Couchon c/ Ville de Valence*. Et sur la compétence voy. O. RENARD-PAYEN, « Compétence en matière de travaux publics », *op. cit.*, §§ 44 et ss.

³⁶⁸⁶ Voy. P. COMBEAU, « Responsabilité de l'armée », *JCL Administratif*, fasc. 894, 2013.

activités à risque ou de la place que la faute pourrait résiduellement y occuper³⁶⁸⁷, force est de constater que le droit de la responsabilité administrative s'étend au-delà des activités poursuivies par les personnes publiques et pourrait dès lors autoriser à soustraire une partie des victimes d'activités à risque à la règle que nous formulons. Or, cette solution ne nous paraît pas opportune. Plus encore, elle est injuste. Au-delà de la difficulté à systématiser le régime des travaux publics, la concurrence conjoncturelle qu'il entretiendrait avec la règle de responsabilité du fait des activités à risque présenterait un risque de fragmentation là où l'on souhaite l'unité. Cela conduirait à un traitement différencié entre les victimes des activités de fusion, selon que l'activité soit ou non rattachée à un ouvrage public ou qu'elle soit considérée ou non comme un service public. Dès lors, et à l'image du régime de responsabilité civile nucléaire, il conviendrait de remettre en cause l'attractivité du régime des ouvrages publics, et par-dessus lui d'envisager la possibilité que les activités à risque exploitées par des personnes publiques ou exploitées « pour son compte » soient soumises à la règle de responsabilité du fait des activités à risque, et à la compétence du juge judiciaire.

b. Une application autorisée de la règle de responsabilité du fait des activités à risque

823. Une remise en cause possible du principe de la dualité juridictionnelle. La remise en cause de l'attractivité du régime des ouvrages publics comme la remise en cause de la dualité juridictionnelle dans le domaine de la responsabilité n'est ni une idée neuve ni une solution inédite. Si l'on a pu constater que des transferts s'étaient déjà opérés dans ce domaine, c'est que cette unité est également encouragée par la doctrine dans les deux domaines. En effet, alors que certains ont pu souligner la perte de spécificité du droit des travaux publics, qui pourrait très bien s'accommoder des règles du droit privé³⁶⁸⁸, d'autres ont plus vivement plaidé pour une remise en cause d'une dualité de juridiction « qui se présente pour le justiciable comme un des arcanes les plus difficiles sur la voie de l'accès à la justice et à l'intelligibilité de nos institutions »³⁶⁸⁹. Il ne nous appartiendra cependant pas d'entrer dans les termes d'un débat qui dépasserait l'objet de notre étude³⁶⁹⁰. Pour ce qui nous concerne, le constat est simplement celui que « le dualisme juridictionnel est un obstacle à la bonne réception des règles

³⁶⁸⁷ Cette même faute que nous avons souhaité renforcer quand l'État est dans son rôle de contrôleur.

³⁶⁸⁸ Voy. ainsi la deuxième partie et la conclusion de la thèse J-P. FERREIRA, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages publics*, op. cit., soulignant la complexité, la perte de spécificité de ce régime et la question de la concurrence de ce régime avec le droit de la responsabilité civile (pp. 485 et ss), et notamment le trouble anormal de voisinage, et posant ainsi la question de savoir (p. 522) si « la dualité juridictionnelle n'ajoute-t-elle pas inutilement de la complexité dans un ensemble déjà composite ? ». Dans le même sens voy. P. SABLIERE, « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? Contribution à l'étude des incertitudes pesant sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 2005, p. 2329 : « pour ce qui est de la compétence du juge administratif pour se prononcer sur les dommages causés par la présence ou le fonctionnement des ouvrages publics, elle pourrait être abandonnée, sans grandes conséquences pratiques, au profit du juge judiciaire, la responsabilité sans faute de l'article 1384 du code civil n'étant pas différente de celle pesant déjà, vis-à-vis des tiers, sur le gestionnaire de l'ouvrage public ».

³⁶⁸⁹ B. LOUVEL (1^{er} Président de la Cour de cassation), « Pour l'unité de juridiction », *Tribune* du 25 mars 2017 disponible sur le site de la Cour de cassation *contra* J-M. SAUVÉ (Vice-président du Conseil d'État), « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », discours du 21 juillet 2017 disponible sur le site du Conseil d'État.

³⁶⁹⁰ Voy. pour exemple D. TRUCHET, « Fusionner les juridictions administratives et judiciaires ? » in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 334-345 ; « Bonnes et mauvaises raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », *Justices*, 1996, n° 3, p. 53-63 ; « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 2005, pp. 1767-1770 ; F. TERRÉ, « Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel », *AJDA* 1990, pp. 595-600 ; P. DELVOLVÉ, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire » in *Droit administratif, Mélanges René Chapus*, op. cit., p. 135-146 ; J-L. AUTIN, « Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, 2001, pp. 765-782 ; D. LABETTOULLE, « L'avenir du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 2005, pp. 1770-1777 ; A. VAN LANG, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA*, 2005, pp. 1760-1767 ; J. CAILLOSSE, « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 2005, pp. 1781-1787 ; P. METTOUX, « Libre propos sur la suppression du dualisme juridictionnel », *Les cahiers Portalis*, n°7, 2020, pp. 139-147.

nouvelles en droit français et à la qualité de ce dernier »³⁶⁹¹. Dès lors qu'il « devient inutile de parler de responsabilité administrative ou civile [parce que] les deux matières sont concernées de manière identique, connaissent les mêmes lacunes »³⁶⁹², l'abandon de la révérence absolue de la *summa divisio* droit privé/droit public aux fins de l'unité du régime de responsabilité du fait des activités à risque peut se justifier. Des mots mêmes du Conseil constitutionnel, lequel n'a, rappelons-le, jamais protégé la compétence de la juridiction administrative en matière de responsabilité,

« lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »³⁶⁹³.

Or, ce qu'il convient de promouvoir dans notre cas, c'est bien l'idée d'une bonne administration de la justice afin d'éviter « le partage injustifié entre les deux ordres de juridiction pour de simples raisons d'équilibre entre ces derniers ; ainsi en fut-il, au début, pour la responsabilité du fait des accidents nucléaires »³⁶⁹⁴. Ainsi doit-il en être de la responsabilité du fait des activités à risque à l'égard desquelles il faut admettre que « les avancées de la responsabilité administrative sans faute à prouver [ne] sont [pas] particulièrement remarquables »³⁶⁹⁵.

824. Une remise en cause tempérée du principe de la dualité juridictionnelle. Cela étant admis, il convient encore de tempérer la proposition. Parce que la proposition ici formulée ne vise qu'à s'appliquer pour la règle de responsabilité du fait des activités à risque, elle doit prendre en considération le contexte dans lequel est opérée sa formulation : la réception des dommages causés par le progrès technologique et le risque lui étant inhérent, tel le risque nucléaire de fusion. Dès lors, il ne saurait être question de considérer que toutes activités étatiques susceptibles de présenter un certain risque, fût-il anormal, puissent entrer dans le champ d'application de ladite règle. Néanmoins, un tel avertissement ne saurait être suffisant. À bien y regarder, le progrès technologique est partout et a envahi la société. Ainsi, la question pourra certainement se poser de la soumission de l'administration à la règle de responsabilité pour des activités impliquant par exemple l'emploi de certaines technologies d'armement, que ce soit à l'occasion d'activités de police ou de défense. Dans les hypothèses susceptibles de ne pas faire l'objet d'un régime spécial, la légitimité de la compétence du juge judiciaire pourrait être plus difficile à établir ou, à tout le moins, faire l'objet de contestations plus sérieuses parce que « le partage serait justifié » et parce qu'il est effectivement des activités que le juge judiciaire ne doit pas « troubler », comme les « opérations des corps administratifs » au souvenir des mots employés par l'arrêt *Blanco*. Dès lors, une limite pourrait être trouvée et, à cette fin, la mobilisation de la notion de service public régalien pourrait constituer un élément pertinent pour déterminer la ligne de partage. Notion d'origine doctrinale, le service public régalien constitue un

³⁶⁹¹ D. TRUCHET, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *op. cit.*

³⁶⁹² J. TRAVARD, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 701.

³⁶⁹³ CC, 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *op. cit.*, § 16.

³⁶⁹⁴ J.-M. PONTIER, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 193.

³⁶⁹⁵ *Ibid.* Nous contredisons.

terrain privilégié dès lors qu'il permet de viser certaines activités n'étant pas susceptibles de faire l'objet d'une externalisation parce qu'ils sont de l'essence même de l'État³⁶⁹⁶. Dans ses composantes, la responsabilité pour « risque exceptionnel » de l'administration pourrait éventuellement y trouver sa place³⁶⁹⁷.

De surcroît, et par-delà cette hypothèse, il faut également constater que le régime des travaux publics, et même plus généralement la délégation de service public, présente un avantage non négligeable qui a déjà été mis en exergue au sein de notre étude : celui de convoquer une responsabilité subsidiaire de l'État en cas d'insolvabilité du délégataire (contractuel) de service public³⁶⁹⁸. Or si l'incertitude taxinomique de cette responsabilité subsidiaire a pu interroger³⁶⁹⁹, on conviendra qu'elle n'en reste pas moins avantageuse. Pour cela, il convient de rappeler que la règle de responsabilité du fait des activités à risque pourrait *a priori* ne pas la remettre en cause. Sans préjuger des développements qui suivront concernant la définition *ratione materiae* de l'exploitant, on pourra admettre que la personne qui possède « la gestion » ou « la maîtrise » d'un service public ou d'un ouvrage public en apparaisse comme l'exploitant. Toutefois, il convient de rappeler que cette responsabilité subsidiaire de l'administration peut trouver une explication dans le fait que « lorsqu'il y a service public, on ne peut supprimer toute dépendance à l'égard de la puissance publique »³⁷⁰⁰, la subsidiarité manifesterait ainsi le « lien organique minimal qui existe entre le service public et la personne publique qui l'assume indirectement »³⁷⁰¹. Il en résulterait alors un « transfert imparfait » de responsabilité que révèle Antoine CLAEYS,

« il est parfois soutenu que le véritable transfert de responsabilité s'opère lorsque la responsabilité de la personne publique est mise en jeu, celle-ci se substituant alors à celle de principe de l'organisme privé. Une telle interprétation reviendrait à admettre que les personnes publiques se désintéressent totalement des activités dont elles délèguent la gestion à des personnes privées. Or, c'est bien le transfert de compétence, de gestion qui entraînent le transfert de responsabilité. S'agissant des activités de service public, la responsabilité théorique initiale est toujours celle des personnes publiques. En cas d'insolvabilité de la personne privée, la responsabilité ne leur est pas transférée. Le transfert se trouve seulement neutralisé conformément à la logique de la subsidiarité »³⁷⁰².

Partant, et sans préjudice des solutions qui seront envisagées ultérieurement — notamment pour ce qui concerne les sociétés mères — l'hypothèse pourrait donc être maintenue en considérant que l'État demeurerait in fine l'exploitant de l'activité à risque, mais un exploitant « résiduel » dont la

³⁶⁹⁶ Voy. sur cette notion O. DIDRICHE, « Service public régaliens », *Répertoire Dalloz de service public*, 2020. L'auteur vise ainsi parmi ses services la police, la défense, la justice, l'administration pénitentiaire et la police. Rapprochez B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 843 évoquant les missions régaliennes de l'État » comme « les missions publiques indissociables des fonctions inhérentes à la souveraineté de l'État, celles qui touchent aux conditions même de son existence en tant que pouvoir politique, libre, initial et inconditionné ».

³⁶⁹⁷ On pensera ainsi à l'emploi de « choses dangereuses » dans le cadre d'opération de police, bien qu'il faille encore noter là qu'une partie de cette compétence relève du juge judiciaire mais qu'il peut néanmoins y être tenu d'appliquer le droit administratif : voy. H. BELRHALL, *Responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 91 ; TC, 8 février 2021, n°2045. Concernant les dommages causés par les forces armées, il pourrait être intéressant dans le cas d'une inapplication des règles spéciales d'envisager également cette responsabilité.

³⁶⁹⁸ Née du contrat type de concession, cette responsabilité subsidiaire a été étendue à tout type de délégation contractuelle de service public : voy. CE, 13 nov. 1970, *Ville Royan*, *Rec. Lebon* 1971, p. 683 ; RDP 1971, p. 740, concl. G. BRAIBANT ; L. BAHOUÛNE, « La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leur délégataires insolubles », *RFDA*, 2017, p. 1149.

³⁶⁹⁹ Voy. *supra* Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2, B.

³⁷⁰⁰ J. M. PONTIER, « La subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, p. 1528. Voy. également P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, p. 136 et L. BLUM, Conclusions sur CE 11 mars 1910, *Cie générale française de tramways*, *RDP*, 1910, p. 269.

³⁷⁰¹ N. FOULQUIER, « Répartition des responsabilités en cas de dommages causés par un ouvrage public », *RJEP*, 2008, n° 652, comm 17.

³⁷⁰² A. CLAEYS, « Les transferts de responsabilité » in *La responsabilité administrative*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 160.

responsabilité n'intervient qu'à raison de l'insolvabilité de celui qui serait considéré comme exploitant « primaire » : c'est-à-dire — on ne pourra à ce stade que le présumer — la personne privée en charge du service. Accepter cette vision des choses permettrait ainsi de fournir une véritable explication de la responsabilité « subsidiaire » de la personne publique, à tout le moins pour ce qui concerne les activités à risque publiques : les justifications qui accompagneront la responsabilité de l'exploitant pourraient ainsi *mutatis mutandis* s'appliquer, mais de manière *diluée*, à la personne publique. Simplement, la solution commanderait un aménagement afin d'éviter aux victimes de devoir engager une responsabilité autonome, et dans cette hypothèse la reconnaissance anticipée de cette obligation subsidiaire devant le juge judiciaire pourrait être une solution opportune³⁷⁰³.

825. Conclusion intermédiaire. A ce stade du développement, on peut être convaincu que l'application de la règle de responsabilité du fait des activités à risque aux activités susceptibles d'emporter une responsabilité administrative constitue une solution opportune dès lors qu'elle permettrait de renforcer l'approche holistique voulue dans ce domaine et d'éviter que les victimes d'un même risque, tel le risque nucléaire de fusion, ne puissent se voir opposer des règles de responsabilité distinctes. Cela étant, nous savons qu'il est d'autres personnes publiques que la règle de responsabilité pourrait concerner. Quoique le cas soit plutôt rare, notre objet d'étude commande toutefois de l'envisager : il s'agit de l'hypothèse de l'organisation internationale exploitante d'une activité à risque.

2. L'application de la règle à l'organisation internationale exploitante d'une activité à risque

826. Position du problème. Si la question de l'inclusion de l'organisation internationale au sein de la définition *ratione personae* de l'exploitant peut paraître fortement guidée par notre objet d'étude, elle ne lui est pas exclusive. Plus encore, elle n'est pas sans lien avec le propos précédemment tenu puisque l'organisation internationale et le droit administratif sont loin d'appartenir à deux sphères juridiques distinctes. Ainsi en témoigne l'interrogation tenue dans l'introduction de notre propos concernant la possibilité de considérer le projet ITER comme une mission de service public, et par conséquent le tokamak comme un ouvrage public par transposition de la jurisprudence *Pelaz* concernant les travaux entrepris aux fins de la construction de l'installation nucléaire de recherche de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN). Mais parce que la réponse à cette question s'avère incertaine et surtout parce que nous avons déjà envisagé *supra* l'inefficacité du régime des ouvrages publics, il ne s'agira pas de revenir sur ce point. En admettant que l'organisation ITER constitue bien l'exploitant au sens de la règle de responsabilité³⁷⁰⁴, la question qui doit ici trouver une réponse est celle de savoir si le droit, et plus précisément le droit international, autoriserait l'application de ladite

³⁷⁰³ L. BAHOUÛNE, « La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leurs délégataires insolvables », *op. cit.*, p. 1149. On rappellera en effet que la dette contractée par le délégataire du service public à l'égard de la victime résulte de l'engagement de sa seule responsabilité et que l'action en responsabilité engagée contre la personne publique libère *de facto* l'ancien débiteur insolvable et transforme ainsi la contribution à la dette en obligation à la dette. Le juge administratif devra donc, « sur l'action de la victime, réexaminer entièrement l'affaire et appliquer les principes du droit public à la détermination des responsabilités comme à l'évaluation du préjudice » : G. BRAIBANT, « concl. sur *Ville de Royan* », *op. cit.*, pp. 745-746 et R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 9^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2020, p. 215.

³⁷⁰⁴ L'Organisation est considérée comme l'exploitant de droit de l'installation. Néanmoins, le propos de la présente section tendra à fournir une définition matérielle de l'exploitation susceptible de marquer la distinction entre l'exploitant [de fait] et l'exploitant de droit. Pour cela, on ne pourra ici s'en tenir qu'à une présomption.

règle dans l'hypothèse d'une réalisation du risque nucléaire de fusion sur le site de l'organisation ITER. La réponse à cette question est loin d'être évidente

827. Plan. En effet, si par principe rien ne fait obstacle à l'applicabilité intrinsèque de la règle de responsabilité du fait des activités à risque aux organisations internationales, la réalité de cette application est bien plus incertaine et la réponse ne se prête à aucune systématisation (a.). Même pour le seul cas d'ITER, elle ne peut emporter de réponse assurée, si ce n'est le constat que la règle de responsabilité du fait des activités pourrait, en revanche, faire naître une seconde responsabilité : celle de l'État hôte (b.).

a. L'application incertaine de la règle de responsabilité aux organisations internationales

828. L'applicabilité intrinsèque de la règle de responsabilité. Sur le principe, une organisation internationale³⁷⁰⁵ peut voir sa responsabilité délictuelle engagée dans l'ordre interne en raison des dommages causés dans l'exercice de ses activités. Si rares sont les organisations internationales à organiser les modalités de cette responsabilité, le principe est néanmoins solidement établi et résulte en grande partie de leurs personnalités juridiques. On a, en effet, tendance à insister sur l'existence de la personnalité juridique internationale fonctionnelle de l'organisation distincte de ses États membres³⁷⁰⁶. Il n'en demeure pas moins que cette fonctionnalité de l'organisation internationale doit également s'exprimer dans l'ordre interne parce que les organisations internationales ne disposent pas de territoire propre. Ne pouvant exercer leur fonction que sur le territoire d'autres États, la personnalité juridique interne leur permet ainsi d'entretenir des relations juridiques avec les personnes physiques et morales s'y trouvant³⁷⁰⁷. Autrement dit, et quoique leur statut international devrait avoir pour conséquence de les soustraire à l'emprise des lois nationales afin de satisfaire l'impératif essentiel de la préservation de leur indépendance vis-à-vis des États membres, ces organisations ne peuvent « revendiquer d'ignorer les lois locales »³⁷⁰⁸. Cette obligation de respecter le droit national est d'ailleurs parfois explicitée au sein des accords internationaux, n'en témoigne que l'Accord ITER³⁷⁰⁹. Elle est surtout logique, car si le droit international peut tenir lieu de « loi

³⁷⁰⁵ En dépit de la difficulté à définir ce qu'est une organisation internationale, on s'en tiendra à la définition de C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales », *ACDI*, 2011, vol. II(2), art. 2 : « [l']expression *organisation internationale* s'entend de toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des États, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États ».

³⁷⁰⁶ Sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales voy. CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avril 1949, *Rec. CIJ*, p. 179. On rappellera cependant que cette personnalité juridique est fonctionnelle en ce sens qu'elle obéit à un principe de spécialité : les pouvoirs (même implicites) de l'organisation internationale seront limités à ce qui est nécessaires pour exercer les fonctions qui lui ont été assignés. Pour une application, voy. par exemple CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Rec. CIJ*, sp. pp. 78-79 et plus généralement M. CHAUMONT, « La signification du principe de spécialité des organisations internationales » in *Problèmes de droit des gens, Mélanges offerts à Henri Rollin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 55-66 ; M. VIRALLY, « La notion de fonction dans la théorie de l'Organisation internationale » in *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La Communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 277-300 ; G. DISTEFANO, « Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale », *AFDI*, vol. 53, 2007, pp. 105-128 ou plus généralement E. DAVID, *Droit des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 549 et ss.

³⁷⁰⁷ L'article 104 de la Charte des Nations Unies qui dispose que « l'Organisation jouit, sur le territoire de ses États membres, de la capacité juridique qui lui est nécessaires pour exercer ses fonctions et atteindre ses buts » est passé dans le droit commun des organisations internationales : voy. *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER*, signé à Paris le 21 novembre 2006, entrée en vigueur le 24 octobre 2007, *RTNU*, vol. 2491, p. 207, art. 5.

³⁷⁰⁸ Avis du Conseil général de l'Office des secours et de travaux des Nations Unies sur la question de la mesure dans laquelle l'Office peut être tenu d'observer les lois d'un État hôte dans l'exécution de ses programmes, *AJNU*, 1968, p. 196.

³⁷⁰⁹ *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER*, *op. cit.*, art. 14.

personnelle » aux organisations internationales, il n’a pas par essence vocation à régir les rapports entretenus entre les personnes privées et les sujets de droit international, et encore moins les questions de responsabilité — sauf rares exceptions. À défaut de la suffisance du droit interne de l’organisation³⁷¹⁰, c’est ainsi que le droit interne des États — et par-dessus lui le droit de la responsabilité civile — a point comme le droit applicable pour réceptionner les dommages causés aux tiers par les activités d’une organisation internationale menées sur les territoires étatiques³⁷¹¹, suivant le jeu traditionnel des règles de conflit de lois³⁷¹².

829. L’inapplicabilité extrinsèque de la règle de responsabilité. Cela étant admis, il faut tempérer le propos et en mesurer la portée. En effet, que la règle de responsabilité puisse être applicable en tant que telle à l’organisation internationale ne saurait signifier qu’elle sera appliquée. À dire vrai, tout dépendra de la volonté des États constituant l’organisation internationale ou de l’organisation internationale elle-même dans les relations qu’elle entretient avec les États sur les territoires desquelles elle pourrait poursuivre des activités dommageables. S’il est ainsi majoritairement des cas dans lesquels les organisations sont restées silencieuses sur ce point, il est également des cas dans lesquels il a été prévu des limitations, des exclusions voire un transfert de leur responsabilité vers un tiers³⁷¹³. Enfin et surtout, il faut rappeler que les organisations internationales bénéficient bien souvent d’une immunité de juridiction que la doctrine s’entend à considérer comme étant quasi absolue³⁷¹⁴. À

³⁷¹⁰ Les organisations internationales sont rarement créatrices de norme de normes destinées à organiser leurs relations avec les personnes privées, à l’exception des normes touchant à la fonction publique internationale ou relative aux contrats ou aux marchés. La responsabilité délictuelle s’en trouve donc bien souvent exclus, à quelques rares exemples comme le droit de l’Union européenne qui, en instituant un recours en responsabilité du fait des dommages causés par ses institutions ou par ses agents devant la CJUE, participe à faire émerger un droit interne de la responsabilité : voy. TFUE, art. 340 ; Traité Euratom, art. 188 ; C. BLUMAN, L. DUBUIS, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 7^{me} éd., Paris, LexisNexis, 2019, pp. 821 et ss et plus encore N. FORSTER, *La responsabilité sans faute de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2021, 544 p. Plus généralement voy. P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres internes et en droit des gens*, op. cit., sp. 101 et ss et F. SEYERSTED, “Applicable law in relations between intergovernmental organizations and private parties”, *RCADI*, 1967, vol. 122, pp. 429-627, sp. pp. 443 et ss ; G. BALLADORE PALLIERI, « Le droit interne des organisations internationales », *RCADI*, 1969 ; vol. 127, pp. 4-37 ou encore M. FORTEAU, « Organisations internationales et sources du droit » in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL, *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 257 et ss.

³⁷¹¹ Voy. F. SEYERSTED, “Applicable law in relations between intergovernmental organizations and private parties”, *RCADI*, 1967, vol. 122, pp. 429-627, sp. p. 462 et ss ; J.-P. LAUGIER, *Contribution à la théorie générale de la responsabilité des organisations internationales*, thèse, Aix-Marseille, 1973, pp. 65, 108 et ss ; P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres internes et en droit des gens*, op. cit., pp. 166 et ss ; M. FORTEAU, « Organisations internationales et sources du droit », op. cit., p. 268-269 ; E. DAVID, *Droit des organisations internationales*, op. cit., pp. 65-67, 555-556, 616-628.

³⁷¹² De manière générale, c’est le principe de la *lex loci delicti commissi* qui dominait. Néanmoins, les règles de conflits de lois restent applicables dans le silence de l’organisation (laquelle peut toujours choisir un autre droit applicable) : voy. P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres internes et en droit des gens*, op. cit., pp. 184-191 ; F. SEYERSTED, “Applicable law in relations between intergovernmental organizations and private parties”, op. cit., sp. p. 462 et pour exemple de l’application des règles de conflits de lois en droit de l’Union européenne : CJUE, *Suprême Site service*, 3 septembre 2020, aff. C-186/19, *Rec. CJUE*.

³⁷¹³ Il ne saura être question d’exposer l’ensemble des solutions éprouvées. On renverra sur ce point le lecteur à la thèse de P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres internes et en droit des gens*, op. cit., sp. pp. 184 et ss qui propose un recensement empirique significatif de la diversité de la pratique et reste une œuvre de référence. Pour preuve de la diversité de la pratique, on pourra simplement conduire le lecteur à regarder l’*Accord sur la création et le fonctionnement du Centre européen de technologie spatiale* dont l’article 8 prévoit la pleine responsabilité de l’Organisation pour les dommages causés sur le territoire néerlandais et à le comparer avec l’*Accord entre le gouvernement de la République française et l’organisation européenne pour la recherche nucléaire relatif au statut juridique de ladite organisation en France* lequel exclue la responsabilité de l’État français du fait des activités de l’organisation (art. XXI) ou encore avec l’*Accord relatif à l’utilisation de certaines installations et de certains services de l’Organisation européenne de recherches spatiales en vue de l’étude, de la mise au point et de l’exploitation du Satellite astronomique néerlandais* qui prévoit, à l’inverse, une pleine responsabilité des Pays-bas pour les dommages qui seraient susceptibles d’être occasionnés à l’occasion de cette coopération.

³⁷¹⁴ La distinction entre les actes de *jure imperii* ou de *jure gestionis* est traditionnellement admise pour déterminer les actes qui appellent une immunité de juridiction et ceux qui n’en n’appelle pas en ce qui concerne les États. Elle peut cependant difficilement fonder l’immunité des organisations internationales en dépit de l’assimilation opérée par la CJUE dans l’affaire CJUE, *Suprême Site service*, op. cit. Concernant les organisations internationales, leur immunité est en effet fonctionnelle et relève d’instruments conventionnels autorisant des dérogations plus spécifiques (très souvent, une dérogation est d’ailleurs admise pour les dommages causés par les véhicules par les fonctionnaires de

quelques rares exceptions, ces immunités sont ainsi un élément constant de leur statut qui fait obstacle à toute action judiciaire, et qu'elles compensent par l'instauration de recours alternatifs comme une canalisation de la responsabilité vers l'État hôte, la mise en place d'un tribunal arbitral ou encore l'organisation d'une procédure de réclamations³⁷¹⁵. Dès lors, il serait vain de vouloir opérer toute systématisation sur ce point, tant il pourra être admis que l'échec de l'application de la règle de responsabilité ne saurait véritablement lui être imputable. Elle ne résulterait que de l'état du droit international et de la pratique des États dont l'étude dépasse le cadre de cette étude. En revanche, on pourra admettre qu'elle constitue une conséquence du « choix imposé » d'organiser la responsabilité du fait des activités à risque dans l'ordre interne, quand le régime de responsabilité civile nucléaire connaît des dispositions permettant de lever automatiquement cette immunité. Or quoique les organisations internationales ne puissent être parties à ces instruments, il avait été recommandé par l'AIEA que ces instruments soient appliqués aux organisations internationales exploitantes. Il en est de même pour ce qui concerne la levée d'immunité³⁷¹⁶. Cela a ainsi été le cas concernant l'exploitation du réacteur de recherche de Seibersdorf par l'AIEA en Autriche³⁷¹⁷. Tel n'est cependant pas, en l'état actuel, le cas d'ITER en tant qu'exploitant du réacteur de fusion du même nom, dont l'Accord exempte également toute responsabilité des États membres pour ses actes³⁷¹⁸.

b. L'application incertaine de la règle de responsabilité à ITER Organization

830. Une responsabilité conditionnée. Certes, l'organisation internationale reconnaît dans son traité constitutif le principe de sa responsabilité extracontractuelle « selon le droit applicable » et prévoit qu'il sera versé une réparation « appropriée » pour tout dommage causé selon « les modalités » qui

l'organisation). Pour cela, l'on considère bien souvent que ces immunités sont absolues : voy. C. DOMINICÉ, « L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales », *RCADI*, vol. 187, 1984, pp. 151-234, sp. pp. 180, 220 ; P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres internes et en droit des gens*, op. cit., sp. pp. 226 et ss ; C. RYNGAERT, "The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends", *International Organizations Law Review*, vol. 7, 2010, pp. 121-131 ; V. KOUTROUPALIS, « Entre la non-interférence et le contrôle judiciaire : l'équilibrisme des juridictions nationales face aux actes des organisations internationale » in D. SAROOSHI (dir.), *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, p. 427 ou encore E. DAVID, *Droit des organisations internationales*, op. cit., pp. 629 et ss.

³⁷¹⁵ Il a en effet été relativement tôt admis en doctrine que l'immunité des organisations internationales devait trouver une « contrepartie » : voy. C.W. JENKS, *The Proper Law of international Organisations*, Londres, Stevens, 1962, p. 172 ; C. DOMINICÉ, « L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales », op. cit., pp. 180 et ss ; P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres internes et en droit des gens*, op. cit., sp. pp. 247-248. Telle est la raison pour laquelle de nombreux accords prévoient l'obligation pour l'organisation de prévoir une procédure de règlement des litiges avec les tiers. Encore une fois, il ne s'agira pas d'exposer la pratique et l'on pourra renvoyer vers la thèse de P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres internes et en droit des gens*, op. cit., sp. pp. 249 et ss, ou pour ce qui concerne le recours privilégié à l'arbitrage à S. VEZZANI, « Le règlement par voie d'arbitrage des différends portant sur la responsabilité des organisations internationales » in *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales*, op. cit., sp. pp. 380-402. Telle est d'ailleurs la voie qui a été choisie pour l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire dont le *Protocole de 2004 sur les privilèges et immunités* renvoie à l'arbitrage ou à la compétence des tribunaux nationaux pour régler les différends de droit privé. Il en va de même pour l'Organisation pour la recherche spatiale dont le *Protocole sur les privilèges et immunités de 1963* dont les articles 26 et 27 organisent cette procédure d'arbitrage. On notera que la protection diplomatique a également été envisagée dans ce contexte, bien que ses conditions restrictives aient dévoiler son insuffisance : voy. J-P. RITTER, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *AFDI*, 1962, p. 454 ; P. DE VISSCHER, « Observations sur le fondement et la mise en œuvre du principe de responsabilité de l'organisation des Nations Unies », *A.D.S.P.*, vol. 3, 1963, p. 175 et P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres internes et en droit des gens*, op. cit., sp. p. 274.

³⁷¹⁶ AIEA, « Comité permanent de la responsabilité civile en matière de dommage nucléaire », *AJNU*, 1964, pp. 197-198.

³⁷¹⁷ *Accord relatif aux laboratoires de Seibersdorf entre l'Agence internationale de l'énergie atomique et la République d'Autriche*, signée à Vienne le 1^{er} mars 1982, *RTNU*, vol. 1404, pp. 130 et ss, art. VI

³⁷¹⁸ *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER*, signé à Paris le 21 novembre 2006, entrée en vigueur le 24 octobre 2007, *RTNU*, vol. 2491, p. 207, art. 15, 5.

seront « approuvées par le Conseil »³⁷¹⁹. Cette clause ne doit toutefois être en aucun cas « interprét[ée] comme une renonciation des immunités de l'organisation », si bien qu'en cas « d'accident » de fusion survenant sur le site, l'application pleine de la règle de responsabilité serait, sinon incertaine, à tout le moins réduite dans ce sens qu'elle n'emporterait pas tous les effets qu'elle aurait emportés devant un tribunal, notamment la réparation morale de reconnaissance « légitime » de la responsabilité ou encore une réparation financière intégrale³⁷²⁰. Dans cette hypothèse, deux possibilités pourraient néanmoins s'offrir aux victimes. En premier lieu, le Conseil d'ITER pourrait décider de lever l'immunité de juridiction de l'Organisation³⁷²¹. Classiquement, cette possibilité est envisagée tant dans l'Accord ITER, l'Accord sur ses privilèges et immunités, que dans l'Accord de siège que l'organisation a conclu avec la France³⁷²². Dans cette hypothèse, la règle de responsabilité du fait des activités à risque devrait donc s'appliquer pleinement, la question pouvant néanmoins subsister quant à l'influence de l'article 15 eu égard à l'approbation « des modalités de l'indemnisation »³⁷²³. Mais il est également une seconde possibilité : celle pour les victimes de rechercher une réparation par le biais d'une voie marginale, mais non moins efficace, en engageant la responsabilité de l'État hôte, à savoir la France. Conforme à la position du juge européen des droits de l'homme et la (légère) protection qu'il accorde au droit à l'accès au juge dans ce domaine³⁷²⁴, cette solution est celle retenue par la Cour de cassation

³⁷¹⁹ *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER*, op. cit., art. 15.2 : « [d]ans le cas de la responsabilité non contractuelle, l'Organisation ITER indemnise de manière appropriée ou fournit d'autres réparations pour tout dommage qu'elle a causé, dans la mesure où l'Organisation ITER est juridiquement responsable selon le droit applicable, les modalités de l'indemnisation devant être approuvées par le Conseil. Le présent paragraphe n'est pas à interpréter comme une renonciation à l'immunité de la part de l'Organisation ITER »

³⁷²⁰ Voy. *supra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 1 et *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 2.

³⁷²¹ Voy. sur cette possibilité voy. M. A. NAMOUNTOUGOU, « La renonciation des organisations internationales à leurs immunités » in *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales*, op. cit., pp. 493-524.

³⁷²² *Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER*, op. cit., art. 12.3 : « [L]es immunités prévues aux paragraphes 1 et 2 sont levées dans tous les cas où l'autorité compétente pour lever l'immunité considère qu'une telle immunité entraverait le cours de la justice et que cette levée ne porterait pas préjudice aux fins pour lesquelles elle a été accordée et où, dans le cas de l'Organisation ITER, du Directeur général et du personnel, le Conseil détermine que cette levée n'est pas contraire aux intérêts de l'Organisation ITER et de ses Membres » et voy. également *Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER*, signée à Paris, le 21 novembre 2006, entrée en vigueur le 24 octobre 2007, RTNU, vol. 2491, p. 317, art. 4 et *Accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de Fusion relatif Au Siège de L'organisation ITER et aux privilèges et immunités de l'Organisation ITER sur le territoire français*, signée à Saint-Paul-lez-Durance, le 7 novembre 2007, JORF, n°88, 13 avril 2008, texte n°7, art. 4 et 16.

³⁷²³ On pourrait néanmoins considérer, sous couvert d'une interprétation textuelle et téléologique, qu'elle aurait une portée réduite, s'effaçant devant l'application de la règle de responsabilité, et ce dès lors que cette disposition constitue, en réalité, une voie alternative à la responsabilité en l'absence d'immunité de juridiction.

³⁷²⁴ Parce qu'elle permet d'opposer une fin de non-recevoir, l'immunité de juridiction est susceptible de remettre en cause le droit d'accès à un tribunal, lequel est inhérent au droit au procès équitable protégé par l'article 6§1 de la Convention et dont les restrictions font l'objet d'un contrôle de proportionnalité par la Cour : voy. CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, req. n°4451/70, § 39 ; CEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n°8225/78, § 57. Appliqué au cas nous intéressant, le droit à l'accès au juge prend toutefois une coloration particulière. En effet, les immunités des organisations internationales constituent des limites que la Cour admet volontiers à raison des nécessités fonctionnelles les accompagnant. Elle tend ainsi à présumer que les immunités poursuivent un but légitime et circonscrit son contrôle à la recherche d'une voie raisonnable mise à la disposition des requérants ; cela sans pour autant s'assurer, sinon du caractère juridictionnel, à tout le moins du caractère effectif ou utile desdites voies : voy. not. CEDH, *Beer et Regan c. Allemagne*, 18 février 1999, req. n° 28934/95, §§ 51-53 ; CEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, req. no 26083/94, § 63 ; CEDH, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, 12 juillet 2001, req. n°42527/98, § 48 ou encore CEDH, *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, 11 juin 2013, req. n°65542/12, §§ 139, 164 dans lequel la Cour affirme, en sus, que l'absence d'autres voies de recours n'entraîne pas ipso facto une violation du droit d'accès à un tribunal (contexte particulier des opérations de maintien de la paix). Cette position de la Cour a été l'objet de critiques : voy. notamment J-F. FLAUS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2000, p. 528 ou encore H. TIGROUDJA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal », *RTDH*, 2000, n°41, pp. 83 et ss. Il reste néanmoins que la garantie apportée par l'article 6§1, en sus d'inciter les États à l'instauration de voies raisonnables au sein des organisations internationales, ouvre la voie à d'éventuelles actions curatives en vertu de l'article 13 de la Convention, et donc à une responsabilité éventuelle de l'État du *for* : voy. point J-G. MAHINGA, « Immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales – note sous Cass. soc., 30 septembre 2003, n° 01-40763, *Bull. V*, n°245, p. 252 », *JCP G*, 2004, pp. 1185-1186 et plus généralement T. IRMSCHER, « Immunities and the Right of Access to Court – Conflict and Convergence » in *Mesures de réparation et responsabilité à raison des actes des organisations internationales*, op. cit., pp. 443-492.

française depuis 2016³⁷²⁵. Mettant fin à une application douteuse du droit international par le juge judiciaire³⁷²⁶, elle permet en réalité de convoquer une jurisprudence établie de longue date en droit administratif français : celle qui reconnaît la responsabilité de l'État du fait des conventions internationales.

831. Une responsabilité subsidiaire de l'État français. Depuis un arrêt du 30 mars 1966, *Compagnie d'énergie radioélectrique*, le Conseil d'État a en effet construit une jurisprudence audacieuse permettant de préserver les immunités des organisations internationales tout en respectant les droits fondamentaux des victimes d'activités dommageables créées par celles-ci³⁷²⁷. Par une extension de la jurisprudence *La Fleurette*³⁷²⁸, le Conseil d'État admet en effet que la responsabilité de l'État puisse être engagée aux fins d'assurer la réparation des préjudices nés de l'application des conventions conclues par la France et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne³⁷²⁹ et de la coutume internationale³⁷³⁰. Or bien qu'obéissant à des conditions strictes et faisant l'objet d'une application rare, cette jurisprudence a déjà été appliquée par deux fois pour le fait de conventions conférant des immunités à une organisation internationale³⁷³¹. Pour cela, l'on pourrait envisager, bien que l'hypothèse apparaisse moins probable en cas d'évènement nucléaire, qu'elle puisse s'appliquer dans l'hypothèse où ITER refuserait de lever son immunité de juridiction. Il faudrait toutefois s'assurer du respect des conditions l'encadrant.

En effet, cette responsabilité ne peut jouer qu'à la condition que les textes conventionnels aient été régulièrement introduits dans l'ordre interne, et que les instruments des deux ordres juridiques — la convention et la loi en ayant autorisé la ratification — n'excluent pas la possibilité d'une indemnisation³⁷³². Or pour ITER, cette condition serait délicate à appréhender, bien que pouvant être satisfaite. Certes, l'Accord ITER prévoit assurément la possibilité d'une indemnisation, ce qui signifie

³⁷²⁵ Cass. civ. 1, 25 mai 2016, *Charles X c/Banque des États de l'Afrique centrale*, n°15-18.646. La Cour de cassation devait examiner un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, dans lequel cette dernière avait écarté l'immunité d'exécution dont bénéficie sur le territoire français la Banque des États de l'Afrique centrale au profit du droit à l'accès au juge de l'un de ses anciens salariés. Or quoique l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution soient distinctes, l'exécution d'une décision de justice constitue néanmoins le prolongement nécessaire du droit à l'accès au juge. Le contrôle de proportionnalité opéré demeure donc identique et les solutions dégagées à l'égard de l'une ou à l'autre peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* : voy. not. CEDH, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, req. n°18357/91, §§ 39-40 ; CEDH, *Scordino c. Italie* (n°1), arrêt du 29 mars 2006, req. n°36813/97, § 196 ; CEDH, *Manoilescu et Dobrescu c/ Roumanie et Russie*, arrêt du 3 mars 2005, req. n° 60861/00, § 68.

³⁷²⁶ Jusqu'à cet arrêt, la Cour de cassation opérait un contrôle de proportionnalité plus exigeant que celui de la Cour de Strasbourg et faisait primer l'effectivité du droit au procès équitable sur les privilèges et immunités octroyés aux organisations internationales, lorsque ces dernières n'offraient pas de voie alternative raisonnable respectant certaines garanties d'impartialité et d'équité : voy. Cass. soc., 11 février 2009, n°07-44240, *De Beaugrenier c. Unesco*, *Bull. soc.*, n°45 ; Cass. soc., 29 septembre 2010, n°09-41030, *X. c. OCDE, Inédit* ; CA Rouen, *Unesco c. Boulois, Unesco c. Boulois*, 19 juin 1998, *Rev. Arb.*, 1999 ; p. 343. Les organisations internationales n'étant cependant pas tenues au respect de l'article 6§1, l'immunité de juridiction était alors écartée sur le seul fondement « de la conception française de l'ordre juridique international » et au profit d'un droit qu'elle considérait comme hiérarchiquement supérieur, car relevant de « l'ordre public international ». La démarche était donc critiquable à bien des égards : voy. Cass. soc., *Banque africaine du développement c. Degboe*, 25 janvier 2005, n°04-41012, *Bull. soc.*, n°16, p. 13 et B. BEAUCHESNE, « Commentaire de l'arrêt du 11 février 2009 sur l'immunité juridictionnelle des organisations internationales : Cass. Soc., *De Beaugrenier c. Unesco*, n°44240 » in A. PELLET, A. MIRON (dirs.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française du droit international public*, Paris, Dalloz, 2015, sp. pp. 511-513.

³⁷²⁷ Sur cette responsabilité voy. la thèse de A. KODMANI, *La responsabilité de l'État sans faute du fait des engagements internationaux : devant le juge administratif français*, thèse, Angers, 2015, 378 p.

³⁷²⁸ Voy. CE, 14 janvier 1938, n°51704, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, *Rec. Lebon*, p. 25.

³⁷²⁹ Voy. CE, 30 mars 1966, n°50515, *Compagnie d'énergie radioélectrique*, *Rec. Lebon*, p. 257.

³⁷³⁰ Voy. CE, 14 octobre 2011, n°329788, *Mme Saleh et autres*, *Rec. Lebon*, p. 473.

³⁷³¹ Voy. CE, 29 octobre 1976, n°94218, *Consort Burgat*, *Rec. Lebon*, p. 452 ; CE 11 février 2011, n° 325253, *Susilawati*, *Rec. Lebon*, p. 36.

³⁷³² Témoinnant d'une « approche dualiste des rapports de système » (A-L. CHAUMETTE, « Commentaire de l'arrêt Susilawati » in A. PELLET, A. MIRON (dirs.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française du droit international public*, op. cit., p. 606), Cette condition a fait l'objet de fluctuation avant d'être réaffirmée dans l'arrêt Susilawati : voy. CE, 13 juillet 1979, n°04880, *SA Compagnie de participations de recherches et d'exploitation pétrolière (COPAREX)*, *Rec. Lebon*, p. 319 ; et CE, 29 décembre 2004, n°262190, *Almayrac*, *Rec. Lebon*, p. 465. A voir si l'extension de cette responsabilité à la coutume internationale avec l'arrêt *Saleh* pourrait tempérer cette condition.

que le principe d'une indemnisation n'est pas exclu. Toutefois, la France n'est pas partie à cet accord. Dans l'ordre interne, le seul texte incorporé reste l'Accord de siège³⁷³³. Or, ce dernier est silencieux sur la question. Néanmoins, même si le juge administratif n'envisage pas l'utilisation de l'Accord ITER comme un élément interprétatif de l'Accord de siège, le silence de ce dernier pourrait équivaloir à une acceptation tacite de l'indemnisation et ainsi autoriser les victimes à user de cette responsabilité subsidiaire³⁷³⁴. Ensuite, cette responsabilité, parce qu'elle est fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, ne peut jouer qu'à la condition que le préjudice soit certain, anormal et spécial. Le caractère certain dépend de l'existence de voies de recours encore disponibles, ce qui dans notre hypothèse serait susceptible de ne pas poser de difficultés si l'on considère, qu'en l'absence de levée de l'immunité, les voies de recours restantes ne seraient ni utiles ni raisonnables³⁷³⁵. De même, le caractère anormal (« grave ») du dommage ne saurait poser de difficultés³⁷³⁶. Le caractère de spécialité s'avèrerait en revanche plus délicat à appréhender selon que l'on apprécie ce critère eu égard au critère différentiel ou mathématique³⁷³⁷ ; le premier voulant que la spécialité soit déduite de la gravité³⁷³⁸ et le second voulant que la spécialité soit déduite du nombre de victimes. Or dans le cadre de la responsabilité nous occupant, il semblerait que le juge privilégie fortement ce second critère³⁷³⁹. En cas

³⁷³³ Loi n°2008-135 du 13 février 2008 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation ITER pour l'énergie de fusion relatif au siège de l'Organisation ITER et aux privilèges et immunités de l'Organisation ITER sur le territoire français, JO, n°39, 15 février 2008, p. 2778 et Décret n° 2008-334 du 11 avril 2008 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion relatif au siège de l'Organisation ITER et aux privilèges et immunités de l'Organisation ITER sur le territoire français (ensemble une annexe), signé à Saint-Paul-lez-Durance (Cadarache) le 7 novembre 2007, JO, n°88, 13 avril 2008 p. 6191

³⁷³⁴ Voy. en ce sens CE, 25 janvier 1963, n°56505, *Ministre de l'intérieur c/ Bovero*, Rec. Lebon, p. 53 ; A. KODMANI, *La responsabilité de l'État sans faute du fait des engagements internationaux : devant le juge administratif français*, op. cit., p. 118 ; E. MULLER, « Vers une admission plus large de la responsabilité sans faute de l'État du fait des conventions internationales », *LPA*, n° 79, 2011, p. 6. et J-F. LACHAUME, « note sous CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-electrique*, op. cit. », op. cit., p. 586 soulignant « [qu'] il y aurait, en définitive, une présomption selon laquelle la convention ou la loi n'ont pas entendu exclure la réparation du préjudice. Mais cette présomption, notamment en matière de responsabilité du fait des lois, peut être combattue par des arguments tirés du texte même de la loi, des travaux préparatoires, ce qui implique un travail d'interprétation du texte par le juge. Le Conseil d'État l'admet explicitement dans l'arrêt rapporté puisqu'il précise (à la condition d'une part que ni la convention elle-même ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation) ».

³⁷³⁵ Ce critère est laissé à l'appréciation du juge : voy. CE, 29 octobre 1976, n°94218, *Consort Burgat*, Rec. Lebon, p. 452 ; CE, 29 décembre 2004, n°262190, *Almayrac*, Rec. Lebon, p. 465 ou encore CE 11 février 2011, n° 325253, *Susilawati*, Rec. Lebon, p. 36 dans lequel il avait été argué que la perte de son immunité par le responsable initial aurait pu permettre à la victime d'exercer des voies de recours. Pour le rapporteur public, dont le Conseil d'État a suivi l'avis, il existait néanmoins une « limite raisonnable aux diligences que l'on peut imposer aux intéressés pour faire valoir leurs droits » : C. ROGER-LACAN, « La responsabilité de l'État du fait des conventions internationales », *RFDA*, 2011, p. 573. S'il nous est impossible de spéculer sur le respect de cette condition dans le cadre d'un contentieux impliquant l'Accord de siège d'ITER, nous pensons tout de même que la formulation de l'article 16 dudit texte imposerait le respect de cette condition puisque l'on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que l'Organisation renonce à son immunité.

³⁷³⁶ L'anormalité du préjudice est une condition quasi constante des régimes de responsabilité sans faute, si elle n'en est pas le fondement (P. AMSELEK, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 255). À la lecture de la jurisprudence administrative, l'anormalité renvoie pour l'essentiel à la notion de gravité, laquelle supplante d'ailleurs, parfois, la première notion : voy. CE, 26 mars 2003, n° 244533, *Santinacci*, Rec. Lebon, p. 151 ; CE, 29 décembre 2004, n°262190, *Almayrac*, Rec. Lebon, p. 465. Généralement, le préjudice est considéré comme grave lorsqu'il excède les simples gênes que les membres de la collectivité doivent supporter sans compensation, bien que cela puisse se rattacher, en certaines circonstances, non pas « à l'ampleur du préjudice subi », mais au « sentiment de scandale et d'indignation que provoque l'énoncé de circonstances qui ont entraîné le dommage » : voy. J. KHAN, « Concl. sur C.E, 23 décembre 1970, n°73453, *Electricité de France c/ Sieur Farast* », *AJDA*, 1971, p. 96 ; M. JOUVIN, « Concl. sur CE, 7 mars 1958, n°38230, *Secrétaire d'État à la santé publique c/Dejous* », *RFDA*, 1958, p. 1094. Il nous paraîtrait ainsi possible de considérer comme anormal le préjudice né de l'impossibilité pour les victimes d'obtenir une indemnisation dans l'hypothèse d'un tel événement.

³⁷³⁷ Voy. notamment J. MOREAU, « obs. sous, CE, 24 mai 1967, n° 65140, *CAPIA* », *AJDA*, 1968, p. 45 ; P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, p. 270 ; C. BROUELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Paris, LGDJ, 2003, p. 115 ; A. KODMANI, *La responsabilité de l'État sans faute du fait des engagements internationaux : devant le juge administratif français*, op. cit., p. 148.

³⁷³⁸ Voy. pour exemple CE, 21 janvier 1944, *Sieur Caucheteux et Desmont*, Rec. Lebon, p. 22.

³⁷³⁹ Ce critère serait ainsi celui favorisé par le juge dans le cas nous intéressant : voy. CE, 29 décembre 2004, n°262190, *Almayrac*, Rec. Lebon, p. 465 ou encore CE 11 février 2011, n° 325253, *Susilawati*, Rec. Lebon, p. 36 et J. DEHAUSSY, « note sous CE, 30 mars 1966, n°50515, *Compagnie d'énergie radioélectrique* », *JCP A*, 1967, II, 15000 et C. CERDA-GUZMAN, « De la distinction entre responsabilité de l'État du fait des conventions internationales et responsabilité de l'État du fait des lois », *RFDA*, 2012, pp. 42-43.

d'évènement de grande ampleur, ce dernier pourrait donc être le seul à véritablement pouvoir mettre en échec cette responsabilité subsidiaire de l'État.

832. Conclusion intermédiaire. Au terme de ces développements, le traitement de la question de l'application de la règle de responsabilité aux organisations internationales exploitantes comme à l'administration exploitante n'est pas vain. Il permet de révéler les obstacles que seraient susceptibles de rencontrer les victimes des activités à risque, et notamment les victimes d'activités de fusion susceptibles d'être exploitées par l'administration (ou pour son compte) ou par une organisation internationale. Pour autant, les solutions pour résoudre les difficultés engendrées sont variables. Dans l'hypothèse dans laquelle une activité à risque serait exploitée par l'administration (ou pour son compte), la solution est, pour ainsi dire, simple. Il suffirait pour le législateur interne de consacrer une exception au dualisme juridictionnel classique. Dans l'hypothèse dans laquelle l'activité à risque serait exploitée par une organisation internationale, la solution est plus incertaine dès lors que le législateur comme le juge ne peut imposer l'application de la règle de responsabilité à l'organisation internationale. La règle de responsabilité ne serait cependant pas totalement inutile. À bien y regarder, c'est bien l'impossibilité « pratique » de son application aux dommages causés par l'organisation internationale — laquelle n'est possible qu'à raison de son existence — qui autorisera à déclencher une responsabilité subsidiaire de l'État. Sur ce point, il conviendra d'ailleurs de remarquer la singularité des deux hypothèses étudiées, qui bien qu'obéissant à des justifications différentes, en ont appelé une responsabilité subsidiaire de l'État. Alors que dans le cas de la responsabilité de l'État du fait des conventions internationales, cette responsabilité est motivée par une volonté de résorber la violation d'une obligation à laquelle l'État est tenue (le droit d'accès au juge), elle ne sera, dans le cadre d'activité administrative à risque, que la manifestation éventuelle d'un cas singulier de co-exploitation. Cette hypothèse d'une co-exploitation n'est pas exclusive de cette situation, comme il en ressortira des développements qui suivent.

B. L'inclusion des sociétés-mères exploitantes

833. L'intérêt d'une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales. Sur un point, la définition de l'exploitant telle que formulée par l'article L160-1 du Code de l'environnement a fait l'objet de critiques. Limité à l'exercice d'un « contrôle effectif », là où la *Convention de Lugano* autorise « un contrôle global »³⁷⁴⁰, la question se pose de la responsabilité de celui ou celle qui est susceptible de détenir un pouvoir de décision en amont, comme cela peut-être le cas des sociétés mères qui seraient tentées d'organiser leur insolvabilité en créant des filiales juridiquement indépendantes³⁷⁴¹.

³⁷⁴⁰ Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement », *op. cit.*, p. 6.

³⁷⁴¹ Selon le rapport de la commission du Sénat, la disposition fait obstacle à l'engagement de la responsabilité de la société mère pour le fait de sa filiale exploitante : voy. J. BIZET, « Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques (1) sur le projet de loi (urgence déclarée) relatif à la responsabilité environnementale », n°348, 21 mai 2008, p. 48. Ainsi, pour Laurène MAZEAU [*La responsabilité des professionnels* [...] *op. cit.*, p. 39] cette exigence serait « une trop grande limite imposée à la généralité du régime de responsabilité civile de droit commun [...] [c]ar, en pratique, il est assez fréquent que de grandes sociétés industrielles fassent exploiter des activités à risque par des filiales qui peuvent se révéler, contrairement à ces dernières, rapidement insolubles au détriment des victimes de ses activités » : L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 39 et dans le même sens G. SCHAMPS, *La mise en danger* [...], *op. cit.*, p. 926

Cette question trouve écho dans celle de la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales exploitantes d'activités à risque, laquelle a trouvé un essor certain en droit de l'environnement ces dernières années. Également soulevée par la Commission du droit international³⁷⁴², l'idée est accompagnée de solides justifications tenant tant à la perspective d'une meilleure indemnisation des victimes qu'à une plus grande responsabilisation des auteurs directs et indirects de dommages. Les exemples ne manquent ainsi pas de grandes catastrophes internationales dans lesquelles de puissants holdings industriels ont, soit endossé le coût des dommages résultant d'événements dommageables intervenus dans leurs filiales³⁷⁴³, soit, surtout, vu leur responsabilité directement questionnée. Si l'accident de *Bhopal* est souvent évoqué à cet endroit³⁷⁴⁴, celui du naufrage de l'*Amoco-Cadiz* reste le plus révélateur en raison de l'aisance avec laquelle le juge américain, perçant le voile de la personnalité morale, a retenu la responsabilité de la *Standard Oil Company* en lieu et place des filiales *Amoco Transport* et *Amoco International Oil Company*³⁷⁴⁵. En vertu du principe d'autonomie des personnes morales qui impose que les entités composant un groupe soient dotées de personnalités juridiques distinctes, si bien que leurs engagements respectifs ne peuvent avoir de répercussions les uns sur les autres, le droit français s'est toujours refusé à reconnaître le principe d'une telle responsabilité³⁷⁴⁶, et ce en dépit d'un engouement politique certain en faveur de la question tant au niveau national³⁷⁴⁷ qu'europpéen³⁷⁴⁸, et de promesses législatives en ce sens³⁷⁴⁹. Pourtant, parce qu'il est tout à fait envisageable que certaines activités de fusion nucléaire soient exploitées par la filiale d'une société mère, la question de la responsabilité de la société mère mérite d'être étudiée. D'ailleurs, le fait est que le droit français n'a pas toujours fait preuve d'orthodoxie dans ce domaine.

834. Plan. Ainsi, une fois posées les difficultés à établir une responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiales exploitantes en droit français (1.), ce sont les correctifs jurisprudentiels apportés à cette impossibilité *de lege lata* qui font naître l'opportunité d'envisager la responsabilité des sociétés mères exploitantes des activités de leur filiales (2.).

1. L'impossible responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales exploitantes

835. Plan. Si le principe d'une responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiale n'est pas consacré dans le droit positif, le législateur est venu exceptionnellement envisager des cas de responsabilité des

³⁷⁴² Voy. CDI, « Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activité dangereuses et commentaires y relatifs », *op. cit.*, p. 75, § 33.

³⁷⁴³ Tel avait ainsi été le cas dans le cadre de l'accident de *Seveso* ou encore dans celui de l'usine AZF où c'est le groupe Total qui devait avoir indemnisé les victimes de l'explosion survenu sur le site exploitée par l'une de ses filiales.

³⁷⁴⁴ Voy. *supra* § 347.

³⁷⁴⁵ Voy. décision rendue par le juge MCGARR le 18 avril 1984 à Chicago et publiée in *Lloyd's Law Report* 1984 Vol. 2. 304, §43. Sur cette affaire voy. not. L. LUCCHINI, « Le procès de l'Amoco-Cadiz : présent et voies du futur », *AFDI*, 1985, n°31, pp. 762-782 et K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, *op. cit.*, pp. 93 et ss.

³⁷⁴⁶ Ce principe est soigneusement garanti par la jurisprudence : voy. pour exemple Cass. com, 15 novembre 2011, n°10-21.701. La solution ne doit d'ailleurs pas surprendre quand on sait que la division d'une entreprise en autant d'entités distinctes constitue un outil majeur de maîtrise des risques financiers : le groupe constitue alors « une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe de l'indépendance des sociétés » : C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991, n°193.

³⁷⁴⁷ Voy. Déclaration de M. Nicolas SARKOZY, Président de la République, lors de la restitution des conclusions du Grenelle de l'environnement, sur les engagements de la France pour le développement durable, Paris, 25 octobre 2007.

³⁷⁴⁸ Voy. *Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaînes de production* (2008/2249(INI)), OJ C 117E, 6.5.2010, p. 176-180, sp. §13.

³⁷⁴⁹ Voy. *Loi 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement* (1) dite Loi Grenelle 1, JORF n°0179, 5 août 2009, article 53.

sociétés mères pour répondre à l'appel formulé en ce sens. Ces évolutions législatives se sont néanmoins montrées timides (a.) confirmant toute la difficulté à convoquer une responsabilité du fait d'autrui dans ce domaine, et particulièrement dans le domaine des activités à risque (b.).

a. Une responsabilité (quasi) inexistante de lege lata

836. La portée limitée de la loi Grenelle II³⁷⁵⁰. Les réponses à l'appel pour une responsabilisation des sociétés mères dans le cadre des dommages causés par leur filiales susceptibles d'exploiter une activité à risque se sont d'abord matérialisées par l'introduction de l'article L233-5-1 du *Code de commerce* autorisant les sociétés mères à *volontairement* prendre en charge tout ou partie des obligations de prévention et de réparation des dommages causés par leurs filiales. Limitée à la réparation des dommages environnementaux au sens de la loi du 1^{er} août 2000, cette mesure a déçue, d'autant plus quand on sait qu'elle est, en réalité, venue confirmer et circonscrire une solution déjà consacrée par le juge³⁷⁵¹. Ensuite, alors que le droit des procédures collectives encadrait déjà les situations dans lesquelles les sociétés mères se trouvaient obligées d'assumer les obligations de leur filiale³⁷⁵², ce sont ces mêmes solutions que la loi Grenelle II a étendu aux dommages environnementaux sous l'impulsion de la tristement célèbre affaire *Metaleurope*³⁷⁵³. Inspiré de la responsabilité pour insuffisance d'actif, l'article L. 512-17 du *Code de l'environnement* oblige ainsi les sociétés mères, à financer tout ou partie des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité de la filiale défaillante. Il en résulte cependant que la disposition, en raison de son champ d'application *ratione materiae* limité et d'une responsabilité fondée sur la faute de cette dernière n'intéresse que trop peu notre propos³⁷⁵⁴, en sus de ne pas s'appliquer aux installations nucléaires de base, telle que pourront l'être les installations de fusion et tel que l'est ITER³⁷⁵⁵. En dehors de cette responsabilité fondée sur l'utilisation illégitime par les sociétés mères de l'autonomie de leurs filiales, c'est encore en raison d'une faute de ces dernières que le législateur est venu apporter une réponse au problème mis en exergue.

837. La rigueur de la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères³⁷⁵⁶. La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères est parfois considérée comme ayant permis de combler les lacunes de

³⁷⁵⁰ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite Loi Grenelle 2, JORF n°0160, 13 juillet 2020

³⁷⁵¹ Textuellement, cette prise en charge devait en effet être limitée aux dommages environnementaux régis par les articles L162-1 à L161-9 du Code de l'environnement. Pourtant la Cour de cassation s'était déjà prononcée tant sur l'idée d'un tel engagement volontaire que sur une prise en charge plus élargie des préjudices : voy. Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, N°04-20.333, JCP E 2007, 1957, chron. F-G, TRÉBULLE et, pour une reconnaissance implicite du principe, Cass. com. 26 mars 2008, n°07-11. 619 ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 908, note F.-G. TRÉBULLE ; *Rev. sociétés* 2008, p. 812, note B. ROLLAND.

³⁷⁵² Les procédures collectives ont en effet fourni de multiples exemples dans lesquels la société mère engage sa responsabilité en raison d'une fictivité ou d'une confusion de patrimoine, voire d'une mauvaise gestion ayant entraîné une insuffisance d'actif : voy. *Code de commerce*, art. L621-2 et L. 651-2 ; A. LECOURT, « Groupe de sociétés – Fonctionnement du groupe de société », *Répertoire des sociétés Dalloz*, act. 2021, §§191 et ss ; A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 360.

³⁷⁵³ Cass. Com, 19 avril 2005, n°05-10.094, *Bull. civ. IV*, n°92 ; *Environnement* 2005, comm. 50, note B. ROLLAND ; *Bull. Joly* 2005, p. 690, note C. SAINT ALARY-HOUIN ; *D.* 2005, p. 1225 A. LIENHARD

³⁷⁵⁴ Circonscrire derechef aux seuls dommages environnementaux et à l'hypothèse d'une procédure collective, elle devait en sus conditionnée la responsabilité de la société-mère à l'existence d'une faute caractérisée à l'origine de l'insuffisance d'actif. On pourra d'ailleurs relever les critiques qui ont été avancées sur ce point : E. MOUIAL-BASSILANA, « La responsabilité environnementale de la société-mère (du fait de sa filiale en difficulté) », *Revue des procédures collectives* n°1, Janvier 2020, dossier 5 ; C. CARPENTIER, « Société mère et droit de l'environnement », *Revue Lamy Droit des affaires*, novembre 2012, dossier spécial, p. 82 ; F.-G TRÉBULLE, « Environnement et droit des sociétés », *Dr. sociétés*, Déc. 2010, n°12, Étude 19, p. 11.

³⁷⁵⁵ Voy. néanmoins en ce sens *Code de l'environnement*, art. L593-1.

³⁷⁵⁶ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF, n°0074, 28 mars 2017.

l'absence de toute responsabilité de la société mère du fait de ses filiales³⁷⁵⁷. Assurément, elle révèle de prime abord un intérêt certain dans le cadre d'un propos visant la réparation des dommages occasionnés par une activité à risque. En imposant aux sociétés mères l'établissement et la mise en œuvre d'un plan de vigilance doté d'un champ d'application *ratione materiae* large, cette loi pourrait permettre de rechercher leur responsabilité lorsque des dommages surviendrait de l'activité de leurs filiales situées en France ou à l'étranger³⁷⁵⁸. Cependant, le texte montre encore certaines limites, au-delà du cercle des sociétés mères concernées³⁷⁵⁹. Le législateur n'a en effet pas souhaité sortir du cadre de la responsabilité dans sa dimension la plus contraignante³⁷⁶⁰. La responsabilité de la société mère ne peut ainsi être engagée que sur le fondement des articles 1240 et 1241 du *Code civil*, c'est-à-dire s'il est démontré un manquement aux obligations lui incombant, à savoir l'établissement et la mise en œuvre du plan de vigilance³⁷⁶¹. Il s'agit là d'une responsabilité personnelle particulièrement restrictive, car l'obligation de réparation de la société mère n'existerait que dans la mesure où l'exécution de ses obligations aurait pu permettre d'éviter le dommage. En privilégiant ainsi la théorie de la causalité adéquate, les demandeurs, se trouvant potentiellement dans l'impossibilité de démontrer que le non-établissement du plan ou son manque d'effectivité aurait conduit *a contrario* à l'évitement du dommage, ne pourront donc potentiellement obtenir réparation que sur le terrain de la perte de chance³⁷⁶². En résumé, le législateur a toujours refusé de franchir le Rubicon entretenant ainsi l'idée selon laquelle l'organisation du groupe ne peut faire l'objet d'une responsabilité en cascade. C'est pourtant un appel en ce sens que formulent les propositions de réforme qui sont ci-après soumises à l'étude.

b. Une responsabilité inopportune de lege ferenda

838. Les propositions de réforme formulées. Plusieurs projets prévoyant la responsabilité des sociétés en cas de dommage causé par une filiale ont été élaborés en droit international comme en droit français. Dès 1995, l'Institut de Droit international a introduit l'idée d'une solidarité des sociétés

³⁷⁵⁷ Voy. M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Responsabilité civile environnementale », *Répertoire de droit civil*, 2020, § 185.

³⁷⁵⁸ Le plan est effet destiné à prévenir les atteintes grave à l'environnement mais également aux droits de l'homme et surtout à la santé et la sécurité des personnes susceptibles de survenir dans une filiale dont le siège est fixé sur le territoire français ou à l'étranger : voy. *Code du commerce*, art. L225-102-4, I. al. 3.

³⁷⁵⁹ Voy. *Code du commerce*, art. L225-102-4, I. al. 1 qui, certes confère une certaine extraterritorialité à la loi en visant les filiales étrangères, mais limite l'obligation aux sociétés mères employant en leur sein ou dans leur filiale directe et indirecte au moins cinq mille salariés : voy. C. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre d'après la loi du 17 mars 2017 », *Droit social*, 2017, p. 806, sp. 811 questionnant également la nature des entreprises visées.

³⁷⁶⁰ Initialement, le texte de la loi proposait d'établir une présomption de responsabilité des entreprises pour le fait de leur filiale ou à tout le moins une présomption de faute par laquelle les sociétés-mères auraient été solidairement responsable des dommages causés par la réalisation des risques engendrés par l'activité de leur filiale : Voy. D. POTIER, « Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (n°2578) relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », n°2628, 11 mars 2015, pp. 33 et ss., 79 et ss. ; Amendements à la proposition n° 2578, n° CL33, 6 mars 2015 ; Amendements à la proposition n° 3582, n° 16, 18 mars 2016.

³⁷⁶¹ *Code de commerce*, art. L225-102-5, al. 1.

³⁷⁶² Il y a perte de chance dès lors qu'un manquement fait disparaître « une éventualité favorable » : voy. Cass. civ. 1re, 14 octobre 2010, n° 09-69.195, *Bull. civ. I*, n° 200. Ici, le manquement au devoir de vigilance, même déconnecté du préjudice final, resterait en lien avec le risque de réalisation de ce dernier même en l'absence d'un lien de causalité certain. Telle avait été d'ailleurs la solution du jugement rendu par la Cour d'appel de Bordeaux dans l'affaire AZF, concernant cette fois l'État. Il faut toutefois relever la nuance apportée par les auteurs ayant souligné ce caractère restrictif et pour qui le juge pourrait se montrer plus flexible que le texte, et finalement admettre en pratique d'apprécier la faute sous le prisme de l'équivalence des conditions ou d'une quelconque présomption : voy. M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Responsabilité civile environnementale », *op. cit.*, § 186 ; C. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre d'après la loi du 17 mars 2017 », *op. cit.*, p. 817.

mères avec leurs filiales en cas de défaillance de celles-ci à faire face à des dommages de grande ampleur, mais sans toutefois proposer une règle de responsabilité³⁷⁶³. Dix années plus tard, ce sont les rédacteurs du projet CATALA qui sont disposés à rompre avec la position rigoriste du droit français. Ces derniers proposent l'introduction d'un nouveau cas de responsabilité de plein droit des sociétés mères du fait de leurs filiales³⁷⁶⁴. Destinée à « faire peser une part des responsabilités encourues à l'occasion d'activités économiques sur les véritables décideurs »³⁷⁶⁵, cette proposition inédite a néanmoins reçu un accueil, sinon silencieux, du moins mitigé³⁷⁶⁶. Pour cela, peut-être, les propositions qui suivirent ont fait des choix différents, et plus restrictifs. Tel est le cas de la mission confiée à Corinne LEPAGE. Le rapport propose d'introduire un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui dans un article 1384-1 du *Code civil*, mais qui repose sur une forme de présomption de responsabilité des sociétés mères doublement conditionnée. À moins qu'elles ne prouvent qu'elles n'aient pu empêcher le fait donnant lieu à cette responsabilité, ces dernières sont solidairement responsables des dommages environnementaux et sanitaires causés par leurs filiales à la fois fautives et défaillantes³⁷⁶⁷. Posant ainsi une simple présomption de responsabilité limitée aux dommages environnementaux et sanitaires, et subordonnée à la faute de la filiale défaillante, la disposition se serait avérée trop sévère pour trouver une application satisfaisante aux côtés de la règle de responsabilité du fait des activités à risque que nous recherchons, et qui n'exige pas la preuve d'une faute³⁷⁶⁸. Est-ce à dire que sans ces exigences, le projet aurait pu trouver meilleur accueil ? Rien n'est moins sûr au regard des limites mêmes du principe de la responsabilité du fait d'autrui dans ce domaine.

839. Plan. Ainsi, à la lumière du projet défendu par Pierre CATALA, on peut considérer l'opportunité limitée d'une responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiale exploitante tant d'un point de vue juridique (i.) que pratique (ii.) dans le cadre de la règle de responsabilité du fait des activités à risque.

³⁷⁶³ IDI, « Obligations of Multinational Enterprises and their Member Companies », Session de Lisbonne, 1995, art. II. b. : « trad : La responsabilité non contractuelle peut être imputée à l'entité de contrôle dans les circonstances appropriées, telles que des catastrophes, dans lesquelles les ressources de la société membre ou des sociétés membres directement impliquées apparaissent comme insuffisantes pour satisfaire complètement aux réclamations présentées ».

³⁷⁶⁴ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, op. cit., art. 1360 al. 2 : « est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires ». Cette responsabilité était envisagée sous la bannière d'un article 1355 disposant qu'on « est responsable de plein droit » de ceux dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt.

³⁷⁶⁵ G. VINEY, « Exposé des motifs » in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, op. cit. p. 167.

³⁷⁶⁶ Voy. sur le silence relatif de la doctrine B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Revue des sociétés*, 2009, p. 725.

³⁷⁶⁷ *Rapport de la mission Lepage sur la gouvernance écologique*, 1^{er} février 2008, p. 68 et proposition n°68 : « Article 1384-1 (à créer) : Toute société répond du dommage environnemental ou sanitaire causé par la faute de ses filiales ou des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce en cas de défaillance de ces dernières [...] Les responsabilités ci-dessus ont lieu, à moins que les personnes désignées ne prouvent qu'elles n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité ».

³⁷⁶⁸ Au-delà des contours flous de la notion de « dommage sanitaire », la responsabilité de la société mère reposait donc sur une présomption de responsabilité, tant qu'elle n'a pu prouver qu'elle « n'a pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité ». Si l'on pouvait saluer ici une position plus clémente que la loi sur le devoir de vigilance (dont certains amendements proposés sembleraient d'ailleurs s'inspirer), elle devait cependant s'avérer plus sévère que la loi de 2017 qui restait silencieuse sur le fondement de la responsabilité des filiales. L'on peut néanmoins aisément comprendre l'exigence de rationalité qui devait avoir guidé ce choix, quand on peine, par une comparaison adéquate, à comprendre pourquoi les parents sont responsables en droit français du « fait normal » de leurs enfants. En effet, les parents sont responsables du fait de leurs enfants que celui-ci soit liés à une anomalie (faute, fait anormal d'une chose qu'il a sous sa garde etc.) ou, même, qu'il soit dénué de toute anomalie (fait personnel non fautif) : voy. Cass. ass. pl., 9 mai 1984, n° 80-93.031, *Bull. AP*, n°2 ; Cass. civ. 2^e, 10 mai 2001, n° 99-11.287, *Bull. civ.* II, n°96, p. 64 et Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, n°00-13.787, *Bull. AP*, n°4, p. 7.

i. Les limites relatives aux justifications de la responsabilité

840. L'ambiguïté du critère du contrôle effectif. Inspirée de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, la disposition s'affranchit de la faute en ne retenant qu'un simple fait causal commis par la filiale pour engager la responsabilité de la société mère³⁷⁶⁹. Elle exige en outre que la preuve que le fait dommageable ait été « en relation avec l'exercice du contrôle ». Or, si l'on doit déjà soulever la difficulté qu'occasionne l'établissement de cette preuve lorsqu'est en cause l'exploitation d'une activité à risque, la signification même de cette référence est ambiguë. Le projet est resté relativement silencieux sur le critère du contrôle qui devait être retenu. Or, s'il est des notions polysémiques en droit, la notion de contrôle est indéniablement de celles-là. Appliqué à la question qui occupe notre propos, on aurait ainsi pu en retenir deux conceptions. La première aurait pu impliquer un « contrôle effectif » au sens de l'article L160-1 du *Code de l'environnement* ou à tout le moins un contrôle opérationnel sur l'activité de la filiale poursuivant une activité à risque. Dans ce cas, la question se serait ainsi posée de l'opportunité de la règle. Outre l'existence probable d'une faute résultant d'une utilisation abusive de la personnalité morale de sa filiale³⁷⁷⁰, le contrôle et l'immixtion de la société mère sur et au sein de l'activité auraient à l'excès pu conduire à faire de la filiale un simple « exécutant » questionnant sur l'identité réelle de l'exploitant et sur l'incidence de cette conclusion au regard de la construction générale du projet, qui propose une responsabilité du fait des exploitants d'activité anormalement dangereuses³⁷⁷¹. Il en serait d'ailleurs peu ou prou de même si, conformément à ce qui a été proposé en doctrine, cette responsabilité devait être fondée sur l'autorité³⁷⁷². Susceptible de servir de schéma à toutes les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui, l'autorité suppose selon la formule consacrée « la direction, l'organisation et le contrôle »³⁷⁷³ de l'activité de l'auteur des faits mettant le responsable dans la position de pouvoir éviter la production du dommage³⁷⁷⁴. Or celui qui détient le pouvoir de prévenir le risque – à tout le moins de le minimiser – doit apparaître comme le responsable direct. Sans préjudice des précisions qui accompagneront cette assertion infra, la société mère aurait donc potentiellement été responsable sur le fondement de la règle de responsabilité du fait des activités à risque sans qu'il fût besoin de mobiliser une quelconque règle du fait d'autrui.

841. L'ambiguïté du critère du contrôle économique. On pourrait, ensuite, retenir une interprétation, sinon plus économique du contrôle, ou à tout le moins plus conforme à celle visée par l'article L. 233-3 du Code de commerce. Davantage suggéré par la lecture de la disposition du projet CATALA, ce contrôle vise plus généralement le contrôle non pas de l'activité mais de la société filiale en tant que

³⁷⁶⁹ Voy. B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *op. cit.*, p. 732 et sur la responsabilité du fait des parents du fait de leur enfant voy. la note ci-dessus.

³⁷⁷⁰ Voy. en ce sens *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, §79 soulignant ainsi que « [p]ar une ironie du sort, le système, poussé à ses extrêmes, pourrait “retomber sur ses pieds”, car la société mère peut d'ores et déjà en droit positif engager sa responsabilité du fait de sa filiale lorsque la seconde est devenue une entité fictive du fait de l'ingérence de la première ».

³⁷⁷¹ Voy. B. FAGES, « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC*, n°1, 2007, p. 123 s'interrogeant sur l'articulation et le cumul entre ces deux dispositions. Rapprochez avec J. BIZET, « Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques (1) sur le projet de loi (urgence déclarée) relatif à la responsabilité environnementale », *op. cit.*, p. 47

³⁷⁷² B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *op. cit.*, p. 727.

³⁷⁷³ Cass. Ass. plén., 29 mars 1991, n°89-15231, *Bull. civ. AP*, n°1, p. 1

³⁷⁷⁴ Voy. *supra* § 510, 750 et *infra*.

telle³⁷⁷⁵. Ce critère du contrôle économique a d'ailleurs été évoqué au sein de certains des projets doctrinaux sus évoqués³⁷⁷⁶. Néanmoins, les justifications de cette responsabilité questionnent également. À ce stade, le critère de l'autorité ne serait opérant pour imputer à cette dernière la réalisation d'un risque qu'il appartient alors à la filiale de prévenir. Ainsi, le seul contrôle économique que la société mère peut détenir sur sa filiale paraît trop éloigné du risque anormal en tant que tel pour que se justifie sa responsabilité *du fait de l'activité à risque*. On retrouve d'ailleurs cette idée au sein de la *Convention de Lugano* qui, en dépit de la référence au « contrôle global », exige néanmoins que le contrôle porté sur l'activité soit « véritable »³⁷⁷⁷. Certes, d'aucuns pourraient arguer que le profit retiré par la société mère puisse justifier sa responsabilité. C'est une théorie à laquelle nous objectons néanmoins. Outre que l'explication du lien d'imputation a justement pour vocation de dépasser cette théorie descriptive, le profit retiré par la société mère ne peut suffire à lui seul à justifier la responsabilité : le risque serait alors trop grand d'élargir à l'excès le cercle des responsables potentiels³⁷⁷⁸. Il est enfin cette hypothèse dans laquelle, par le biais du contrôle sur la filiale, la société mère peut être amenée à opérer un contrôle partiel sur l'activité. Compte tenu de ses obligations légales, une société mère peut effectivement s'immiscer dans l'activité exploitée par sa filiale et disposer ainsi d'une capacité indirecte à prévenir le dommage : tel est d'ailleurs le résultat recherché par la loi sur le devoir de vigilance. Ce contrôle porté sur l'activité de la filiale serait cependant et de nouveau été trop éloigné pour que ce soit expliqué la responsabilité *même sans faute* de la société mère. Le cas échéant et *ad absurdum*, il résulterait que tous les acteurs entrant dans la sphère de prévention du risque présenté par l'activité seraient responsables *même sans faute* des dommages qu'elle peut engendrer, par exemple, l'autorité administrative chargée du contrôle du respect des obligations incombant à l'exploitant d'une installation de fusion, ou encore l'assureur commandant l'adoption de certaines mesures de prévention. Pour cela, il semble qu'en dépit des limites soulevées à l'endroit de la loi sur le devoir de vigilance de 2017, seule la responsabilité pour faute serait valable. Pour cela, on comprend également l'opinion exprimée par certains à l'égard de cette disposition du Projet CATALA renvoyant à « l'exercice du contrôle », qui se sont interrogés sur la véritable nature de cette responsabilité annoncée comme étant de « plein droit »³⁷⁷⁹. Sans préjuger de l'intérêt qu'elle aurait pu

³⁷⁷⁵ Le projet évoquait en effet le « contrôle de l'activité économique ou patrimoniale ». Dans le sens de cette dichotomie voy. not. C. HANNOUN, « La responsabilité environnementale des sociétés mères », *Environnement*, n°6, Juin 2009, dossier 7 ; K. LE COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions* [...], p. 77.

³⁷⁷⁶ Ainsi l'article 5 :101 du PETL reste silencieux sur la notion d'exploitant, ou plutôt de pratiquant, mais il serait apparu qu'elle aurait pu viser, entre autres, un contrôle économique : voy. B.A KOCH, H. KOZIOL, « Comparative conclusions », *op. cit.*, n°98 ; B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », *op. cit.*, p. 156.

³⁷⁷⁷ Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement », *op. cit.*, p. 6 considérant que « [n]e pourrait être considérée comme exploitant, à défaut d'exercer un contrôle véritable sur l'exercice de l'activité dangereuse, une personne extérieure qui a rendu possible ou facilité cet exercice, par exemple en prêtant des fonds destinés à être investis dans l'activité » : une hypothèse qui n'est pas sans rappeler la nôtre.

³⁷⁷⁸ Le risque n'est-il pas susceptible de profiter à tous ? *Quid* de l'assureur qui se rémunère sur les cotisations ? Doit-il également être responsable ?

³⁷⁷⁹ Voy. B. FAGES, « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *op. cit.* : « la responsabilité des sociétés mères prévue par l'alinéa 2 de l'article 1360 est-elle une responsabilité de plein droit ? Si l'on estime, ce qui semble raisonnable, que cette responsabilité doit conserver le caractère d'une exception - le principe demeurant bien celui de l'"autonomie délictuelle" des différentes sociétés du groupe -, la réponse devrait être négative. Dans ce sens, le texte exige d'ailleurs la preuve que le fait dommageable de la filiale soit « en relation avec l'exercice du contrôle » : ce qui pourrait signifier que la simple constatation d'un acte dommageable commis par la filiale ne devrait pas suffire à entraîner la responsabilité de la société mère, et que cette dernière, en tout état de

présenter par ailleurs, la responsabilité de la société mère, dans le cadre strict d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque, aurait été dénuée de tout fondement explicatif. Cela étant, on pourrait encore fonder un tel mécanisme sur son opportunité. Il s'agit ainsi d'en relativiser également les apports.

ii. Les limites relatives aux conséquences de la responsabilité

842. L'affaiblissement de l'incitation préventive sur la filiale. L'admission du principe selon lequel une société mère se trouve généralement obligée du fait de sa filiale exploitant une activité à risque, qu'il s'agisse sinon d'une règle de responsabilité, à tout le moins d'un système de garantie obligatoire³⁷⁸⁰, montre des limites. Bertrand FAGES s'est ainsi interrogé sur la charge assurantienne que peut représenter cette forme de responsabilité, quand les sociétés mères cherchant à s'organiser face à ce poids considérable peuvent se voir opposer le refus des assureurs de couvrir le risque de responsabilité de nature civile à l'échelle d'un groupe³⁷⁸¹. Quant au groupe de travail de la Cour de cassation, il considère cette disposition comme « dangereuse au point de receler en germe des risques de dépaysement de holdings implantées en France et plus généralement de délocalisation des fonctions de directions et de contrôle »³⁷⁸². Pour notre part, il est surtout important de mettre en exergue la contrepartie première de cette solution : celle d'un affaiblissement du comportement préventif de la filiale exploitante alors assurée de trouver un soutien financier auprès de sa société mère. Alors certes, on pourra objecter que ces mêmes critiques ont été avancées à l'encontre de l'assurance ; des critiques que nous avons pris soin de contrecarrer *supra*³⁷⁸³. Il faut toutefois observer les différences entre la relation qui lie l'assurance à l'exploitant d'une activité à risque, telle qu'une activité de fusion, et celle qui lie la filiale à sa société mère.

843. L'incomparable rôle de la société mère et de l'assureur. D'abord, dans le cadre de la règle de responsabilité, il n'existe aucune obligation générale d'assurer, cette hypothèse ayant été écartée³⁷⁸⁴. Le cas échéant, en vertu du contrat susceptible de lier l'exploitant d'une activité à risque à son assureur, ce dernier dispose de mécanismes correctifs lui permettant d'inciter l'exploitant à un plus grand niveau de vigilances³⁷⁸⁵. Or, ce pouvoir conféré à l'assureur n'est pas transposable à une société mère au-delà des obligations de vigilance que le droit positif français lui impose. Il se trouve en effet limité par le principe de l'autonomie des personnes morales. De nouveau, cette « immixtion croissante et malsaine »³⁷⁸⁶ dans la conduite des affaires de la société contrôlée risque d'aboutir purement et simplement à exclure la filiale des rapports de responsabilité. Dans ces circonstances, l'obligation

cause, pourrait toujours s'exonérer en démontrant son absence de faute dans le contrôle de sa filiale. Mais d'un autre côté, la place de l'article 1360, sous la bannière d'un article 1355 proclamant qu'on est « responsable de plein droit » de ceux dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt, jette le doute. Celui-ci devrait être levé par les concepteurs du projet ».

³⁷⁸⁰ C'est un tel système qu'aurait pu supposer la lecture du projet de l'Institut de Droit international en laissant le principe à l'organisation des droits internes. Sur une autre proposition qui nous paraît être proche d'un système de garantie voy. C. HANNOUN, « La responsabilité environnementale des sociétés mères », *op. cit.* proposant de développer la notion d'entreprise exploitante à travers la notion d'implication.

³⁷⁸¹ B. FAGES, « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *op. cit.*, p. 124.

³⁷⁸² Voy. *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, §79.

³⁷⁸³ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

³⁷⁸⁴ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 1.

³⁷⁸⁵ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

³⁷⁸⁶ *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, §79.

risquerait à nouveau de perdre son intérêt, mais surtout de décourager les sociétés mères d'investir dans l'initiative technologique. En effet, tout comme on imagine l'exploitant d'une activité à risque « sous les traits d'un homme d'affaires allègre, d'un triomphant égoïsme »³⁷⁸⁷, on imagine souvent les sociétés mères comme de puissants et pernicieux groupes pétroliers. Or, cette vision des choses est excessive. Au sens de l'article L. 233-3 du *Code de commerce*, la société contenue dans le portefeuille d'un groupe bancaire ou d'un fonds d'investissement peut constituer une filiale et, dans ce cas, l'implication de la société mère dans l'activité à risque est bien moins évidente. En conclusion, alors qu'il n'existe *de lege lata* aucun principe de responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiale exploitante, il est, selon nous, inopportun d'en consacrer *de lege ferenda* le principe en droit français. Est-ce à dire que toute hypothèse d'une intervention des sociétés mères dans la réparation des dommages causés par l'activité de leur filiale exploitante d'une activité à risque, telle qu'une activité de fusion, serait exclue dans le cadre de la règle de responsabilité ? Certainement pas, et au-delà de la possibilité d'une intervention volontaire de la société mère, le propos suivant le démontrera.

2. La possible responsabilité des sociétés mères exploitant l'activité de leurs filiales

844. Plan. Si toute intervention de la société mère dans la réparation des dommages causés par l'activité de leur filiale exploitante n'est pas à bannir dans le cadre de la règle de responsabilité, c'est parce qu'il n'est pas exclu que cette intervention se fasse au titre de la règle de responsabilité en tant que telle et non d'une responsabilité supplémentaire du fait d'autrui. Pour cela, il s'agit de proposer une solution permettant de rechercher directement la responsabilité des sociétés mères pour un fait certes matériellement causé par l'activité de leurs filiales, mais laquelle s'inspire directement de correctifs audacieux apporté par le juge à l'inexistence d'une responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiale (a.), et qui permet d'ores et déjà de cerner certains aspects de la définition de l'exploitant dans sa dimension *ratione materiae* (b.).

a. Une solution admise par le juge français en cas d'exploitation de fait

845. Un juge respectueux du principe d'autonomie des personnes morales. De prime abord, le juge français est toujours apparu très respectueux du principe d'autonomie des personnes morales. Si l'affaire *Metaleurope* en est un exemple prégnant, c'est encore dans l'affaire *Elipol* que celui-ci avait confirmé sans équivoque qu'une société-mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de remplir ses obligations, même lorsque l'activité de cette dernière est susceptible « de présenter un risque pour l'intérêt général »³⁷⁸⁸. Ce n'est pas dire que le juge ne soit pour autant jamais venu apporter certains correctifs au-delà du droit des procédures collectives, notamment lorsque la société-mère s'immisce dans l'activité de sa filiale, qu'elle donne l'apparence trompeuse de ne former qu'une avec

³⁷⁸⁷ R. RODIÈRE, « Responsabilité civile et risque atomique », *op. cit.*, p. 511.

³⁷⁸⁸ Cass. com, 26 mars 2008, n°07-11.619 ; *Bull. Joly* 2009, p. 908, F-G. TRÉBULLE.

cette dernière ou encore que celle-là même eut été fictive³⁷⁸⁹. Si ces solutions jurisprudentielles ne sont pas dénuées de tout intérêt, tel est surtout le cas de celle rendue dans l'affaire relative au naufrage du navire *Erika*.

846. Un juge exigeant sur la réalité des personnes morales : l'affaire du navire *Erika*. C'est à bon escient que l'affaire *Erika*, à l'instar de l'affaire de l'*Amoco-Cadiz*, est souvent considérée comme pouvant questionner sur la possibilité d'engager la responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiale. Pour mémoire, c'est le 12 décembre 1999 que le pétrolier fait naufrage au large des côtes bretonnes et souille les eaux maritimes sur près de 400 kms. Or, au moment du naufrage, le navire était la propriété de la société maltaise *Tevere Shipping* et était affrété par *Total Transport Corporation*, filiale du groupe *Total*. Pourtant, aux termes de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 septembre 2012, c'est la responsabilité tant pénale que civile de *Total* qui s'est trouvée engagée³⁷⁹⁰. Sur le volet pénal de l'affaire, la Cour d'appel de Paris a en effet considéré que la société mère était coupable d'un délit de pollution³⁷⁹¹. En vertu de l'article 8 alinéa 4 de la loi du 5 juillet 1983, ce délit peut en effet être étendu à toute personne « exerçant, en droit ou en fait, un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire »³⁷⁹². Or certaines stipulations du contrat d'affrètement conclu par la filiale, montraient que la société mère pouvait « vérifier le soin et la diligence avec lesquels la cargaison était transportée, la capacité du navire et de l'équipage à réaliser le voyage envisagé »³⁷⁹³. L'entreprise bénéficiant pour ainsi dire d'un « pouvoir de contrôle sur la marche », devait apparaître comme le véritable affréteur du navire, quand bien même le contrat aurait été passé par sa filiale. Cette dernière n'est apparue que comme un « exécutant » dépourvue des « moyens, par elle-même, d'assurer un pouvoir de contrôle ou de direction sur la gestion ou la marche de l'*Erika* »³⁷⁹⁴. Une fois ce critère de contrôle établi, la Cour d'appel a conclu que le naufrage était intervenu en raison de la faute d'imprudence de *Total*. La société mère avait violé les règles de *vetting* qu'elle avait elle-même mises en place et qui auraient dû la conduire à refuser d'affréter l'*Erika* en raison de son âge avancé³⁷⁹⁵. Si cette analyse de la Cour d'appel de Paris a été totalement confirmée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, elle est même allée plus loin³⁷⁹⁶. Sur le volet civil de l'affaire, la Cour d'appel a déclaré *Total* « coupable mais pas responsable » en raison du principe de canalisation de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, qui oriente la responsabilité civile sur le propriétaire du navire sauf en cas de faute intentionnelle d'un

³⁷⁸⁹ Voy. sur ce sujet V. THOMAS, « La responsabilité de la société-mère pour faute dans l'exercice du pouvoir de contrôle de la filiale », *Revue des procédures collectives* n°6, novembre 2013, dossier 55 et B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales », *op. cit.*, p. 717 ou encore G. LE NOACH, « L'immixtion de la société dans la gestion de sa filiale », *Bull. Joly*, septembre 2020, n°121, p. 54 et pour une compréhension de cette responsabilité comme pouvant s'élargir à toute faute dans l'exercice du pouvoir de contrôle de la filiale : M. MENJUCQ, « L'immixtion d'une société mère dans la gestion d'une filiale constitue une faute. Note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 octobre 2011, n°10-17026 », *Bull. Joly*, janvier 2012, n°01, p. 70.

³⁷⁹⁰ Cass. crim. 25 septembre 2012, n°10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n°198 et sur cet aspect de l'affaire les notes *JCP G* 2012, 1243, K. LE COUVIOUR ; *D.* 2012, p. 2711, note P. DELEBECQUE

³⁷⁹¹ Voy. CA Paris, 30 mars 2010, n°08/02278 ; *D.* 2010. 2238, chron. L. NEYRET ; *RTD com.* 2010. 623, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP G* 2010, 432, note K. LE COUVIOUR.

³⁷⁹² Aujourd'hui, cet article est repris à l'article L218-18 du *Code de l'environnement*.

³⁷⁹³ CA Paris, 30 mars 2010, *op. cit.*, p. 115

³⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 119

³⁷⁹⁵ CA Paris, 30 mars 2010, *op. cit.*, pp. 118-119

³⁷⁹⁶ Cass. crim. 25 septembre 2012, n°10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n°198, p. 390

tiers³⁷⁹⁷. Pour la Cour d'appel, la seule responsabilité civile de *Tevere Shipping* devait donc être engagée. Pour la Cour de cassation, *Total* aurait néanmoins eu conscience du dommage susceptible de résulter de ses omissions fautives. Il devait en résulter une faute de témérité autorisant à engager sa responsabilité civile au côté de celle de la société maltaise³⁷⁹⁸.

Explicitement, la responsabilité de *Total* a donc été fondée sur la faute de la société en tant « [qu']affréteur de fait »³⁷⁹⁹. Implicitement, c'est pourtant la fictivité de la filiale, instrument d'un schéma contractuel mis en place dans l'intérêt exclusif de la société-mère qui a justifié la décision du juge. Pour cela, cet arrêt constitue une source d'inspiration certaine pour poser une définition de l'exploitant.

b. Une responsabilité ouvrant la voie à une appréhension matérielle de l'exploitation

847. La pertinence d'une appréhension matérielle de l'exploitation. Dans l'affaire de l'*Erika*, la responsabilité de *Total* n'a pas été engagée en tant que société mère. Elle a néanmoins été engagée en tant que personne juridique exerçant un pouvoir de contrôle sur l'activité dommageable et devant à ce titre assumer la responsabilité de cet exercice, lequel devait, en vertu du droit pénal et du droit des pollutions par hydrocarbure, être fautif. Notre règle de responsabilité envisage cependant la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant de l'activité. Partant, cette jurisprudence revêt un intérêt certain dans le cadre de notre propos. En effet, à ce stade de l'étude, il est admis que la définition de l'exploitant dans sa dimension *ratione materiae* doit impliquer un contrôle sur l'activité exploitée le mettant en position de pouvoir éviter la survenance du dommage. Le parallèle étant ainsi établi avec l'affaire *Erika*, l'intérêt est de retenir une définition de l'exploitant qui soit suffisamment large tout en restant précise. Elle doit être suffisamment large pour permettre de viser la société mère tentée d'organiser son insolvabilité en créant une filiale, certes juridiquement indépendante, mais dénuée des moyens « d'assurer [par-elle-même] un pouvoir de contrôle ou de direction » sur l'activité exploitée³⁸⁰⁰. Elle doit rester précise pour qu'on ne puisse pas en conclure que tout pouvoir de contrôle que posséderait la société mère sur l'activité exploitée – tel que celui qui lui incombe en vertu de la loi de 2017 – l'érigerait au rang d'exploitant. Le cas échéant, le risque serait grand de considérer la société mère responsable du fait de sa filiale en toute hypothèse. Dans une visée dissuasive, il est donc important que la notion-cadre consacrée permette de viser davantage l'exploitation de fait que l'exploitation de droit. L'exploitant ne doit pas qu'être celui désigné comme tel par l'autorité compétente, comme c'est le cas du régime de responsabilité civile nucléaire mais également, parfois, du droit français. On ne saurait en effet affirmer que le droit français ne reconnaît pas l'exploitation de fait. Dans la droite ligne de l'arrêt *Erika*, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a consacré la responsabilité pénale de l'exploitant de fait au côté de l'exploitant de droit, retenant ainsi la responsabilité de celui exerçant effectivement l'activité au même titre que la responsabilité de celui

³⁷⁹⁷ Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, *op. cit.*, art. III.

³⁷⁹⁸ Cass. crim. 25 septembre 2012, *op. cit.*, p. 440

³⁷⁹⁹ L. NEYRET, « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civiles et pénales », *chron. op. cit.*, p. 2241.

³⁸⁰⁰ CA Paris, 30 mars 2010, *op. cit.*, p. 119

qui était titulaire de l'autorisation³⁸⁰¹. Elle a également eu recours à la notion d'exploitant de fait, quand, en l'absence d'autorisation, une personne se comportait comme tel³⁸⁰². En droit administratif, le juge se réfère également à l'exploitation de fait, mais bien souvent à titre seulement subsidiaire³⁸⁰³. Dans le cadre de la règle de responsabilité du fait des activités à risque, c'est toutefois à titre principal que doit être envisagée l'exploitation de fait³⁸⁰⁴.

848. Les exigences de l'appréhension matérielle de l'exploitation. Le recours à une dimension matérielle de l'exploitation ne sera cependant pas sans susciter quelques difficultés. D'abord, la question doit se poser de l'articulation de la notion d'exploitant au sens de la règle de responsabilité avec le critère de l'exploitation de droit qui subsisterait par ailleurs. Imaginons, par exemple, que la société EDF décide, dans le futur, d'exploiter des réacteurs de fusion pour la production d'énergie, et qu'elle crée, à cette fin, une filiale *EDF Fusion*. Imaginons, qu'EDF ne donne pas à *EDF Fusion* les moyens « d'assurer [par-elle-même] un pouvoir de contrôle ou de direction » sur l'installation exploitée³⁸⁰⁵. Dans ce cadre, on pourra considérer qu'EDF est l'exploitant [de fait]³⁸⁰⁶ de l'installation concernée. Mais *quid* des obligations que le droit administratif pourrait faire incomber à sa filiale, *EDF Fusion*, reconnue comme l'exploitant nucléaire de droit ? De plus, on ne peut nier que la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant dans le cadre de la règle de responsabilité reste guidée par cette volonté de ne pas charger les victimes du fardeau de la preuve sur le déroulement des faits ayant été la cause de leur dommage. On ne peut dès lors ignorer les difficultés que les victimes pourraient rencontrer au moment d'identifier l'exploitant [de fait]. Cela pourrait en effet impliquer l'accès à des documents internes du groupe qui ne sont pas à leur disposition. Enfin, c'est la question de l'extraterritorialité de l'exploitation qui pourrait poser souci. Lors de l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire, il a, en effet, été mis en avant que le principe d'unicité de juridiction permet de pallier les difficultés procédurales résultant d'un accident transfrontière, mais également de pallier les difficultés nées du risque transnational, tel qu'en a témoigné l'accident de *Bhopal*³⁸⁰⁷. Sans la consécration d'un tel principe, il est vrai que rechercher la responsabilité de la société mère installée à l'étranger dans le cadre du régime de droit commun du fait des activités à risque impose de composer avec les règles du droit international privé. Les réponses à ces questions seront donc certainement appelées à être abordées ultérieurement. Certains éléments de réponses seront davantage liés à la formulation de la règle *lato sensu*. D'autres pourront déjà apparaître dans la définition *ratione materiae* de l'exploitant.

§ 2. La définition *ratione materiae* de l'exploitant

³⁸⁰¹ Voy. Cass. crim., 13 janvier 2015, n°13-88.183, *Bull. crim.*, n°17.

³⁸⁰² Voy. pour exemple Cass. crim., 11 sept. 2018, n° 17- 83.276 ; Cass. crim., 29 janv. 2019, n° 18-82.418

³⁸⁰³ Voy. CE, 29 mars 2010, n° 318886, *Communauté des communes de Fécamp, T. Lebon*.

³⁸⁰⁴ Comparez avec L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit. p. 39 proposant d'englober cependant les deux exploitations, c'est dire l'exploitation de fait et l'exploitation de droit, quand nous proposons, pour notre part, de privilégier l'exploitation de fait sur l'exploitation de droit.

³⁸⁰⁵ CA Paris, 30 mars 2010, *op. cit.*, p. 119

³⁸⁰⁶ La formule est un pléonasme à partir du moment où la définition de « l'exploitant » d'une activité à risque sera nécessairement l'exploitant en fait. Elle est utilisée afin de simplifier la compréhension du propos.

³⁸⁰⁷ Voy. *supra* § 347.

849. Un élément constant : le contrôle porté sur l'activité à risque. Arrivés à ce stade du raisonnement, les éléments entourant l'appréhension de la dimension *ratione materiae* de la notion d'exploitant sont déjà en partie connus. L'idée constante, qui constitue une condition préalable de l'étude des fonctions poursuivies par la règle de responsabilité est celle selon laquelle l'exploitant serait désigné responsable en raison de sa capacité, sinon à empêcher, du moins à minimiser la réalisation du risque anormal, tel le risque nucléaire de fusion. Assurément, cette affirmation a pris la forme d'un postulat quand la définition de l'exploitant devait être abordée à un stade ultérieur et que nous avons souligné le caractère hétérogène de la notion. Pour autant, si le critère de l'exploitation paraît être le seul à même d'activer le lien « prévention-réparation », c'est qu'au-delà de l'impossibilité d'en lire une définition commune dans le droit positif des activités à risque, il est un élément qui semble néanmoins toujours en ressortir : celui du contrôle.

850. Plan. Pour cela, c'est en partant de cette notion contrôle, dont il conviendra de déterminer les prérogatives qu'elle recouvre (A.), qu'il sera possible d'apporter une explication à la responsabilité de l'exploitant de l'activité à risque, telle que celle de l'exploitant d'une installation de fusion nucléaire au titre de la règle de responsabilité envisagée, c'est-à-dire suivant son principe et sa circonscription (B.).

A. Les prérogatives déterminant l'exploitant

851. Du contrôle à la maîtrise. Que le droit positif ait pu fournir des définitions sommaires et/ou hétérogènes de la notion d'exploitant ne signifie pas que la notion n'a jamais fait l'objet d'une étude ou d'une application permettant de comprendre ce que l'on envisage sous le manteau du contrôle d'une activité à risque. Ainsi, le rapport explicatif de la *Convention de Lugano* envisage, certes, l'exploitant par le prisme du contrôle effectif ou global tout en faisant référence à la dimension économique de celui-ci. Néanmoins, la « circonstance économique » du contrôle ne constitue qu'un indice parmi d'autres permettant d'identifier celui qui détiendrait le « contrôle véritable », c'est-à-dire la « *maîtrise de l'activité* » comme « *pouvoir de décision sur sa conduite* »³⁸⁰⁸. Si ces éléments ne sont pas sans rappeler ceux qui avaient été utilisés par la Chambre criminelle de la Cour de cassation pour qualifier l'exploitant de fait ³⁸⁰⁹, on doit également peu ou prou les retrouver au sein du projet de réforme suisse. Bien que l'article 50 n'en fasse pas explicitement mention, les rédacteurs y envisagent l'exploitant comme celui qui « détient les leviers » et qui « contrôle » l'activité dangereuse tant sous l'aspect de l'organisation que du point de vue économique et qui en tire principalement profit³⁸¹⁰. C'est d'ailleurs dans cette double idée de contrôle et de profit que Geneviève VINEY définit l'exploitation

³⁸⁰⁸ Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement », *op. cit.*, p. 6.

³⁸⁰⁹ Voy. Cass. Crim., 13 janvier 2015, *op. cit.* : « la société [...], exploitant direct de l'installation classée et qui la représentait, n'avait pas accompli les diligences normales compte tenu de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences et des moyens dont il disposait »

³⁸¹⁰ P. WIDMER, P. WESSNER, « Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif », *op. cit.*, p. 141. On pourra également rappeler que si le texte de l'article 5:101 des PETL désignait le responsable « la personne pratiquant une activité anormalement dangereuse », elle apparaissait pour les rédacteurs celle « qui exerce un contrôle de fait ou...qui contrôle économiquement l'activité » : voy. B.A. KOCH, H. KOZIOL, « Comparative conclusion », *PETL Strict Liability*, n°98 cités par B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », *op. cit.*, p. 156.

comme « [l'] activité déployée à l'initiative d'une personne, sous sa maîtrise, et pour son profit, au moyen d'un ensemble matériel et humain »³⁸¹¹, et fait ainsi de l'exploitant celui qui tire le profit de l'activité, tout en en possédant la maîtrise, et pour le compte de laquelle agit un ensemble matériel et humain. Ces différentes appréhensions autorisent donc à entrevoir certaines prérogatives de l'exploitant par le renvoi au profit, mais surtout par le renvoi à la maîtrise d'un ensemble matériel et humain. Pour cela, on ne regrettera que légèrement la référence opérée au premier critère, qui témoigne d'une difficulté à extirper la responsabilité du carcan économique de la théorie du risque-profit dont on peinerait à identifier les limites. Certes la question peut apparaître pertinente parce que le profit éventuel constitue un élément de la définition de l'activité à risque, mais également un élément de sa définition dans le langage courant³⁸¹². De plus, le profit ici envisagé n'est pas nécessairement un profit économique. Il ne saurait néanmoins constituer le critère principal de la définition, n'étant *in fine* qu'un indice permettant souvent d'identifier celui qui dispose de la maîtrise de l'activité, c'est à dire de l'autorité et du pouvoir de l'organiser par le biais de sa connaissance.

852. De la maîtrise à l'autorité et l'organisation. Une fois mise de côté l'idée de profit, la maîtrise apparaissant au sein de certaines définitions reste en effet relativement obscure. Il ne s'agit pas ici de dire qu'elle est inconnue du juriste, lequel y a souvent vu « un pouvoir d'empêcher » justifiant la responsabilité. Cela n'empêche cependant pas qu'il soit peu aisé de matérialiser ce qu'elle représente ici. Dans son sens commun, la maîtrise renvoie à l'idée de subordination à autrui : elle présente ainsi un intérêt pour matérialiser cette prérogative de l'exploitant à l'égard des tiers. Mais elle renvoie également à l'idée de dominer techniquement, intellectuellement et/ou scientifiquement³⁸¹³, c'est-à-dire à l'idée d'avoir la connaissance et le savoir-faire entendu comme « la maîtrise conjointe d'un ensemble d'informations et des actions dont elles induisent la capacité »³⁸¹⁴. Or le savoir (faire) tend vers la notion d'organisation, qui découle du verbe « organiser » s'entendant comme « donner la disposition qui rend les substances aptes à vivre »³⁸¹⁵. Ainsi, l'exploitant d'une activité à risque est celui qui a la maîtrise, c'est-à-dire le commandement sur le tiers, mais surtout le savoir et donc « l'accès intellectuel »³⁸¹⁶. Ce dernier lui donne la capacité d'organiser et donc de disposer, suivant sa maîtrise conceptuelle, les ressources rendant l'activité apte à vivre. Du critère de la maîtrise résulte ainsi le critère de l'organisation et de l'autorité. L'exploitant apparaît donc plus concrètement comme celui détenant les connaissances techniques (soit personnellement, soit par l'intermédiaire de ses auxiliaires choisis) et comme celui disposant ainsi des ressources opérationnelles de l'activité³⁸¹⁷. Par voie de conséquence, l'exploitant bénéficie donc bien du « pouvoir de décision sur [la] conduite [de l'activité] »³⁸¹⁸. Il bénéficie du pouvoir éventuel de l'initier, du pouvoir d'en diminuer le risque en

³⁸¹¹ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., p. 267.

³⁸¹² Voy. Larousse en ligne : « Action de mettre en valeur quelque chose pour en tirer profit », ou encore le *Littré* : « Faire valoir, tirer le produit ».

³⁸¹³ Larousse, s.v. « maîtrise ».

³⁸¹⁴ L. HANSEN-LØVE (dir.), *La philosophie de A à Z (nouvelle édition) : les auteurs, les œuvres et les notions*, Paris, Hatier, 2021, p. 447

³⁸¹⁵ *Littré*, s.v. « organiser ». Voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 391-392.

³⁸¹⁶ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 392.

³⁸¹⁷ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 922 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 391-392.

³⁸¹⁸ Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement », op. cit., p. 6

ordonnant les mesures de sécurité opportunes ou en adaptant ses méthodes de production ou encore du pouvoir d'assumer le risque au moindre coût en souscrivant à une assurance, mais également en le répercutant sur le prix des biens et des services qu'il offre³⁸¹⁹.

Cela étant désormais admis que l'exploitant d'une activité à risque est donc celui qui détient la maîtrise de l'activité, et qui dispose ainsi des ressources opérationnelles et du pouvoir organisationnel sur l'activité, on peut envisager les conséquences de la mobilisation du concept tant sur l'exégèse de la responsabilité de l'exploitant que sur les contours de celle-ci. En effet, quoique la définition de l'exploitation permette *in fine* l'identification du responsable, elle ne répond pas encore totalement à la question du « pourquoi », raison faite de ces prérogatives, qui traduisent sa maîtrise sur l'activité, il sera responsable *même sans faute* des dommages que pourrait occasionner cette activité ; et ce quand bien même ces derniers trouveraient leur cause matérielle dans le fait d'autrui ou d'une chose qu'autrui aurait sous sa garde.

B. Des prérogatives déterminant la responsabilité de l'exploitant

853. Une explication de la responsabilité encore partielle. On le sait désormais que, pour naturelle qu'eut été la réponse à la question – *pourquoi est-on responsable ?* – lorsque doit être envisagée la responsabilité pour faute, l'interrogation ne doit pas avoir livré tous ses secrets quand cette dite faute est d'un coup apparue comme un critère, non pas inexistant, mais plus encore indifférent. Les raisons sont légion et elles ont déjà été évoquées précédemment. Elles sont tant relatives à la rigueur du principe de la responsabilité *même sans faute* qu'au vide explicatif que sa formulation négative laisse à combler, et ce en dépit des théories formulées en ce sens. La première partie de cette étude autorise un premier élément de réponse. Pour satisfaire l'exigence d'une cause à la responsabilité, c'est en exploitant la dichotomie entre activité licite et dommage illicite que nous avons identifié la cause de la responsabilité dans la réalisation d'un risque anormal caractérisant l'activité. Il s'agira ainsi de compléter cette justification partielle apportée à la règle de responsabilité *même sans faute* en fournissant une justification du report quasi-exclusif de la dette de réparation sur l'exploitant. Et il serait peut-être peu d'objection à considérer que celui qui crée un risque anormal pourrait voir sa responsabilité engagée³⁸²⁰. Nous pensons cependant que cette explication ne suffit pas à comprendre la mesure dans laquelle l'exploitant, comme l'exploitant de fusion nucléaire, peut être responsable de la réalisation du risque anormal, le risque nucléaire de fusion, d'autant plus quand la réalisation de ce risque résulte éventuellement du fait de personnes participant à l'activité. Sauf à transformer l'exploitation en un aphorisme implacable, cette explication est donc nécessaire à la poursuite des fonctions préventive et réparatrice. Elle est donc nécessaire à sa compréhension de la règle, et à sa pérennité. La recherche forcenée d'un responsable à sacrifier qui a pu animer le droit de la responsabilité ne peut en effet plus le satisfaire. Parce que c'est « moins l'expiation que l'explication

³⁸¹⁹ Voy. G. SCHAMPS, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 923.

³⁸²⁰ Voy. pour exemple la position tempérée de J-L. AUBERT, E. SAVAUX ET J. FLOUR, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., p. 85, note 6 et p. 93 qui bien que très réservés sur la théorie du risque admettent qu'il puisse être considéré une responsabilité du fait des activités à risque sur le fondement du risque créé. Rapprochez G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 224.

qui est recherchée » aujourd'hui et que « par l'engagement d'une responsabilité sans faute, on fait l'économie de la recherche de la vérité, de l'imputation, en supposant que les victimes aspirent en premier lieu à la réparation »³⁸²¹, c'est une explication de la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant qu'il convient de présenter.

854. Plan. Partant des prérogatives de l'exploitant, il s'agira donc d'expliciter l'engagement de sa responsabilité *même sans faute* dans son principe (1.) laquelle influera ensuite sur son étendue (2.).

1. Des prérogatives expliquant la responsabilité de l'exploitant

855. L'exigence d'un lien d'imputation subjectif. Il est cette position quasi unanime dans la doctrine selon laquelle, pour que l'on soit en présence d'une règle de responsabilité de nature civile, sinon « parfaitement constituée »³⁸²², à tout le moins véritable, le débiteur de la réparation doit être celui désigné par la règle en raison de la relation étroite qu'il entretient avec la situation dommageable. Si le lien d'imputation est une condition de toute règle de responsabilité *même sans faute*, les responsabilités ayant un fondement dit objectif ont ainsi souvent été perçues comme faisant de l'activité exercée le critère de désignation de l'être responsable « au détriment de ce qui est pourtant essentiel : l'individu »³⁸²³. Le lien d'imputation entre le fait dommageable et le débiteur doit donc montrer ici un caractère suffisamment étroit pour que la responsabilité trouve une justification explicative et subjective. C'est en ce sens que le critère de l'exploitation est retenu et qu'il faut éprouver la signification que nous lui conférons. La tâche n'est cependant pas aisée, car les attentes à cet endroit sont aussi grandes que le cadre spécifique des activités à risque, tel le cadre spécifique des activités de fusion, en complexifie la satisfaction. Dès lors que la recherche d'une subjectivité dans l'établissement du lien d'imputation constitue une condition *sine qua non* à la poursuite d'une fonction tant préventive que réparatrice, c'est qu'elle ne se suffit pas d'un lien de rattachement artificiel. Elle exige la matérialisation d'une relation suffisamment étroite entre le comportement de l'être désigné responsable et le fait dommageable pour que la responsabilité soit autorisée à matérialiser une forme de jugement porté sur le comportement de ce dernier. Cela étant, il faut pourtant admettre que la réalisation d'un risque anormal rend difficile de satisfaire totalement à cette exigence.

856. Plan. En effet, parce que l'établissement d'un lien suffisamment étroit peut imposer qu'il existe un rapport de causalité entre le comportement du responsable et le fait dommageable, la responsabilité ne pourra qu'être partiellement justifiée par l'exercice par l'exploitant de ses prérogatives sur l'activité à risque (a.). Elle imposera alors de rechercher la justification de sa responsabilité dans un autre élément : celui de sa volonté de maîtriser l'activité par l'exercice de ses prérogatives (b.).

³⁸²¹ L. ENGEL, *La responsabilité en crise*, Paris, Hachette, 1995, p. 51.

³⁸²² L'expression est empruntée à B. LAPEROU, *Responsabilité civile et imputabilité*, Lille, ANRT, 1999, pp. 23 et ss.

³⁸²³ J. JULIEN, *La responsabilité du fait d'autrui : ruptures et continuité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 498

a. Une responsabilité partiellement justifiée par l'exercice des prérogatives

857. Plan. Pour être en présence d'une règle de responsabilité bien constituée, le lien d'imputation doit, par principe, reposer sur un rapport de causalité permettant de porter une appréciation sur le comportement du responsable. Exigence latente de (presque) toute règle de responsabilité civile (i.), elle est néanmoins mise en échec dans le cadre de la responsabilité du fait des activités à risque (ii.).

i. L'exigence d'un lien causal entre le comportement du responsable et le fait générateur

858. Une logique causaliste inhérente à l'institution de la responsabilité civile. Autant la doctrine a été unanime sur l'idée selon laquelle une véritable règle de responsabilité de nature civile impose que le débiteur de la réparation soit celui désigné par la règle en raison du lien entre ce dernier et la situation dommageable, autant la nature du lien entretenu par le désigné responsable et la situation dommageable apparaît incertaine. Il nous semble, néanmoins, qu'une véritable responsabilité, à défaut d'être fictive, ne peut reposer sur un simple lien de rattachement dans ce sens que « le responsable ne soit pas étranger (dans une mesure au demeurant éminemment variable) à la réalisation du dommage »³⁸²⁴. Parce que le raisonnement causal est profondément ancré chez le juriste – la spécificité de la responsabilité civile étant « d'unir l'auteur et la victime des dommages par cet élément essentiel de la causalité »³⁸²⁵, il faut admettre l'idée selon laquelle l'imputation et la causalité recouvrent une même réalité³⁸²⁶. Parce qu'on ne peut pas dans la logique de l'institution « obliger une personne à réparer un préjudice dans la réalisation duquel elle n'aurait pris aucune part »³⁸²⁷, désigner le responsable-exploitant en raison du lien qu'il entretient avec l'activité « qu'il déploie », dont il est « l'initiateur » ou de laquelle « il tire avantage » éloigne la responsabilité³⁸²⁸. Tout problème de responsabilité se ramenant à un problème de causalité et le dommage devant être réparé par celui qui l'a causé³⁸²⁹, l'imputation doit être envisagée comme un élément juridique d'explication causale susceptible de matérialiser une appréciation portée sur le comportement du responsable. Sauf à avorter cette « causalité seconde »³⁸³⁰, il ne s'agit pas de considérer ce pouvoir qu'aurait eu le responsable d'éviter le lien de causalité parce qu'il a créé un risque, par exemple en initiant une activité, à l'origine d'un dommage constaté³⁸³¹. Cette recherche ne conduit à rien s'il ne « s'agit pas de l'attribution des conséquences à un être responsable par son acte et non par les conséquences de son

³⁸²⁴ L. BACH, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *op. cit.*, § 132.

³⁸²⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de la responsabilité », *op. cit.*, p. 5

³⁸²⁶ Voy. S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980, p. 165 considérant ainsi que « [l']on opère parfois la distinction au sein de la relation causale au sens strict entre la "causalité matérielle" qui est l'analyse du rapport fait dommageable – dommage – préjudice et l'étude de la relation fait – dommageable [...]. Ici, en fait, causalité et imputabilité se superposent : désigner la cause du fait dommageable, c'est en principe en désigner l'auteur sinon le responsable ». Pour cela, on retrouve parfois l'imputation sous le vocable d'imputation « personnelle » et celle de causalité sur le vocable d'imputation « matérielle » : voy. pour exemple F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », *R.L.D.C.*, n°40, 2007, pp. 21 et ss, et comparez avec J. FISHER, « Causalité, imputabilité, les liens de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 386 qui établit l'imputation comme le lien entre le préjudice et le responsable et l'imputabilité comme le lien entre le fait générateur et le responsable.

³⁸²⁷ P. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 159.

³⁸²⁸ Voy. P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité civile », *op. cit.*

³⁸²⁹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, pp. 207-208.

³⁸³⁰ O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Paris, Varennes, 2008, p. 269 ; N. CHIFFLOT, « La causalité dans le droit de la responsabilité administrative. Passé d'une notion en quête d'avenir », *D.A.*, 2011, n°11, p. 13.

³⁸³¹ Voy. M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, Paris, LGDJ, 1973 référencé P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 84.

acte »³⁸³². Il faut considérer que le pouvoir que possède l'agent d'en empêcher la survenance n'existe que par le biais d'un concept qui ne nous est pas inconnu : la maîtrise que le désigné responsable « avait ou qu'il aurait dû normalement avoir des êtres dont il répond ou des choses qu'il a sous sa garde »³⁸³³. Parce qu'il faut « tenir pour principe constant et fondamental [...] qu'on est responsable de toute action dont l'existence ou la non-existence a été en notre pouvoir »³⁸³⁴, la responsabilité peut ainsi être engendrée par l'existence d'un pouvoir concret d'empêcher un fait générateur de dommage et dont la survenance autorise une appréciation portée sur le comportement³⁸³⁵.

859. Une logique imprégnant la compréhension originelle des règles de la responsabilité civile. À bien y regarder, si cette vision est d'ailleurs la seule qui révèle la logique de l'institution, c'est parce qu'elle est également la seule permettant la poursuite des fonctions qui devaient lui être initialement attribuées. Le fait que l'article 1240 ait indexé l'imputation sur le principe de la causalité matérialisant ainsi une responsabilité parfaitement constituée³⁸³⁶, ne doit pas préjuger du respect de cette même idée par les responsabilités du fait des choses ou par certaines responsabilités du fait d'autrui, à tout le moins dans la compréhension qui en a été donnée avant qu'elle ne soit réputée « révolue »³⁸³⁷. En effet, si l'on doit s'accorder sur le fait que l'essence même de « l'obligation de réparer le dommage occasionné à autrui trouve sa justification, dans le pouvoir, fût-il abstrait, qu'avait l'agent d'en empêcher la survenance »³⁸³⁸, ces règles de responsabilités se trouvaient justifiées en raison du pouvoir qu'avait le responsable d'empêcher le fait générateur du dommage³⁸³⁹. Ainsi, le gardien d'une chose serait responsable, soit parce qu'il a commis une faute, soit parce qu'il a une chose sous sa garde qui en a été l'*instrument* (et non la *cause*³⁸⁴⁰) et qui a autorisé, même en écartant l'exigence d'une faute dans la garde, une présomption de causalité avec son comportement général³⁸⁴¹.

ii. L'insuffisance du lien causal entre l'exercice des prérogatives et la réalisation du risque

860. Un lien causal potentiellement inexistant avec le comportement de l'exploitant. D'un premier regard, la perception de l'imputation par la causalité peut s'accommoder avec la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant d'une activité à risque, telle l'activité de fusion ; et cela que la réalisation du risque trouve sa cause matérielle dans le fonctionnement de l'activité en elle-même ou dans le fait

³⁸³² G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 213.

³⁸³³ P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 84.

³⁸³⁴ S. PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels lui qu'ils sont prescrits par la loi naturelle* (1741), t.1, trad. Jean Barbeyrac, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1984, p. 37

³⁸³⁵ Voy. L. BLOCH, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, thèse, Bordeaux, 2003, sp. p. 275 bien que précisant que cette responsabilité est alors engagée « au bénéfice du doute », marquant l'idée de la présomption de responsabilité qui cède devant l'impossibilité d'exercer ce pouvoir.

³⁸³⁶ Voy. F. EWALD, « La faute civile. Droit et philosophie », *Droits*, 1987, n°5, p. 45 rajoutant ainsi qu'un jugement de responsabilité « est d'abord un jugement sur la causalité d'un événement ».

³⁸³⁷ Voy. spécifiquement C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 620.

³⁸³⁸ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 105 faisant ainsi référence à l'incompatibilité de la théorie du risque avec ce principe même de la responsabilité civile.

³⁸³⁹ L. BLOCH, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 250.

³⁸⁴⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 225.

³⁸⁴¹ Voy. H. MAZEAUD, « La faute dans la garde », *RTD civ.*, 1927, pp. 793 et ss ; F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », op. cit., pp. 21 et ss ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 225 ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 624

d'autrui participant à l'activité ou d'une chose qu'il a sous sa garde³⁸⁴². Il serait, en effet, possible de voir dans la maîtrise de l'activité et l'exercice des prérogatives qu'elle implique, l'explication d'une responsabilité subjective de l'exploitant et du lien causal avec la situation dommageable, comme la réalisation du risque nucléaire de fusion. Jean CARBONNIER expliquait d'ailleurs au début du siècle dernier qu'on « s'exagère peut-être l'antinomie entre le système de la faute et les systèmes qui la nient. Aucun système de risque ne tiendrait s'il n'était soutenu par une idée de faute diffuse, l'idée qu'il y a eu des fautes commises, dont on a l'intime conviction, quoiqu'on ne puisse en faire la preuve, ni même toujours identifier le coupable »³⁸⁴³. Ainsi, parce que l'exploitant d'une installation de fusion dispose de la capacité d'organiser et de disposer des ressources le rendant apte à faire vivre l'activité et donc éventuellement de l'autorité sur ceux qui y participent, et parce que surtout l'activité apparaît ainsi comme un tout indivisible, la réalisation du risque anormal de fusion résiderait dans la façon dont l'exploitant l'a organisé de manière à créer la situation dommageable³⁸⁴⁴. Il en résulterait un rapport causal entre l'évènement nucléaire de fusion et le comportement de l'exploitant. En éludant que la cause matérielle du dommage puisse résider dans le fait d'un tiers ou d'une chose qu'il aurait eu sous sa garde, la réalisation du risque anormal serait le fait *médium* du dommage (causalité primaire) et trouverait sa cause dans l'exercice de ces prérogatives (causalité seconde). On voit ici un parallèle fort avec la responsabilité du fait des choses : l'activité de fusion, vue comme un *tout indivisible*, ne serait pas la *cause* du dommage, mais l'*instrument* du dommage. La responsabilité résultant de la réalisation du risque de fusion supposerait une appréciation portée sur le comportement de l'exploitant de l'installation. Il faut pour autant se défier des mauvaises analogies lesquelles amènent à des solutions biaisées.

Il est en effet une différence fondamentale entre la responsabilité du fait des choses et la responsabilité du fait des activités à risque : la responsabilité du fait des choses ne renvoie pas à la notion de risque. Une fois écartée son application aux choses dangereuses, l'article 1242 rattache « la responsabilité à la garde de la chose et non à la chose elle-même »³⁸⁴⁵. Lorsque la responsabilité du gardien est engagée, c'est en raison du contrôle, de la direction et de l'usage qu'il a de la chose. Sauf à transformer « un porte-bouteille en idole magnifique »³⁸⁴⁶ dotée « d'une âme perverse »³⁸⁴⁷, le gardien n'est responsable que parce qu'il aurait failli à prendre « les précautions utiles » qu'implique la maîtrise de la chose « pour qu'elle ne soit pas nocive »³⁸⁴⁸. *In fine*, c'est donc suivant cette idée que sous le fait de la chose, son rôle actif ou son anormalité, apparaît le fait de l'homme imprudent ou insuffisamment diligent³⁸⁴⁹,

³⁸⁴² Certes, l'on pourrait considérer qu'il serait, en tant qu'exploitant, gardien de la structure de la chose instrument du dommage ou gardien en tant que commettant, mais ces hypothèses souffrent certaines limites qui seront entrevues *infra*.

³⁸⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 1^{ère} ed., t. 4, Paris, PUF, 1956, p. 300. Nous soulignons.

³⁸⁴⁴ Voy. en ce sens L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 392

³⁸⁴⁵ Cass. ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur, D.*, 1930 ; *GAJC*, t. II, 13^e éd., 2015, n° 202, p. 381.

³⁸⁴⁶ A. Tunc, RTDC, 1964.557 bien que l'auteur ait relativisé cette position concernant les automobiles.

³⁸⁴⁷ J. CARBONNIER, « Les choses inanimées ont-elles une âme ? » in *Melange Pierre Braun*, Limoges, 1998, p. 140 ironisant « il est des âmes perverses. Les choses, c'est méchant aussi, ça brûle, ça explose, ça tue »

³⁸⁴⁸ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 227 ; « Note sous Cass. civ., 21 janvier 1919 », Req. 1920, civ. 15 mars 1921, D.P., 1922.1.26 où l'auteur écrivait ainsi que « sous le fait de la chose apparaît nécessairement le fait de l'homme ».

³⁸⁴⁹ Ce manquement à un devoir de prudence serait ainsi matérialisé par le rôle actif présumé de la chose en mouvement entrée en contact avec le siège du dommage ou par l'anormalité de la chose dans sa position, son état ou son fonctionnement que suppose le rôle actif de la chose

que la chose est l'instrument du dommage plus que sa cause³⁸⁵⁰. Que l'on adhère ou non à cette théorie quand l'évolution du droit positif autorise aujourd'hui à en relativiser la compréhension, il n'en reste pas moins qu'elle ne trouve qu'un écho réduit dans notre cas.

À l'inverse, la responsabilité du fait des activités à risque, et notamment du fait des activités de fusion nucléaire, implique un risque anormal qui rend l'activité en elle-même potentiellement *nocive*. Ce risque anormal, s'il autorise à prendre l'activité comme un tout indivisible, est néanmoins doté d'une *âme perverse*. L'exploitation d'un réacteur nucléaire de fusion suppose que la meilleure diligence de l'exploitant ne puisse, en principe, éliminer le risque. Ici se trouve donc l'explication de cette précision selon laquelle l'exploitant dispose bien évidemment d'un certain pouvoir d'empêcher la réalisation du risque, mais que celui-ci est davantage un pouvoir de minimiser cette réalisation par l'exercice de ses prérogatives. Sa responsabilité ne sera, en cas de réalisation, qu'engendrée au bénéfice du doute. Il en résulte cette pleine compréhension sur le choix du terme *même sans faute* qui n'exclut ni n'inclut une faute, mais la rend simplement indifférente. Il est ainsi possible que matériellement — c'est-à-dire au-delà du problème lié à la preuve — la situation dommageable puisse trouver sa source dans le comportement indiligent de l'exploitant ou dans la manière dont il gère son activité la rendant alors « anormalement » dangereuse³⁸⁵¹. Dans cette hypothèse, la réalisation du risque anormal peut céder à l'illicéité du comportement — sauf à admettre une double cause à l'obligation de réparer. Si cela rejoint dans une certaine mesure la thèse de Valentina BRIGANDI selon laquelle la responsabilité de l'article 2050 du Code civil italien ne serait justifiée que par la maîtrise et la connaissance du risque par le responsable, c'est qu'il faut rappeler que cet article organise une responsabilité présumée sur un manquement à l'obligation de diligence : le risque inévitable exclut la responsabilité³⁸⁵². Or, dans notre cas, le risque inévitable justifie la responsabilité en premier lieu. Il est donc également possible qu'une réalisation du risque nucléaire de fusion ne soit que la manifestation de l'anormalité de ce risque incompressible qui caractérise cette activité si bien que sous son fait n'apparaîtrait pas le fait de l'exploitant. L'activité étant ainsi susceptible d'être alternativement l'*instrument* du dommage comme sa *cause*, elle explique que la responsabilité de l'exploitant doit être recherchée *même sans faute*, sans que, paradoxalement, cette responsabilité ne puisse être totalement justifiée au stade de l'imputation. En effet, dans le premier cas, il en résulterait certainement un lien causal entre le responsable et la situation dommageable. Dans le second cas, cela ne serait pas le cas, sauf à remonter la chaîne de causalité et à revenir chercher la justification de l'imputation dans le risque créé ou dans le pouvoir qu'avait l'exploitant d'éviter la survenance du dommage en évitant un lien de causalité entre le risque

inerte ou de la chose en mouvement n'étant pas entrée en contact avec le siège du dommage : voy. Cass. civ. 2ème, 1er février 1973, 89-82.632 ; Cass. civ. 2ème, 28 novembre 1984, n°83-14.718 ; Cass. civ. 2ème, 3 avril 1978, n° 76-14.819 ; Cass. civ. 2ème, 10 juin 2004, n°03-10.837 ; Cass. civ. 2e, 19 oct. 1961, Bull. civ. II, n°675 ; Cass. civ. 2ème, 11 janvier 1995, n° 92-20.162

³⁸⁵⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 227 : « ce n'est donc pas parce que la chose est la cause du dommage que le gardien est responsable, c'est parce que la nature du dommage causé fait apparaître immédiatement la faute du gardien ».

³⁸⁵¹ On pourrait donc ici faire ainsi écho à ceux qui ont critiqué la notion « d'activité anormalement dangereuse ». La comparaison avec la responsabilité du fait des choses rendrait leur critique compréhensible dans ce sens que le caractère anormalement dangereux de l'activité résulterait d'un « mauvais fonctionnement » de l'activité imputable à l'exploitant.

³⁸⁵² Voy. V.G. BRIGANDI, *Attività pericolosa*, op. cit., emp. 560 pour qui pour qui l'aggravation de la responsabilité n'est pas donnée par une contrepartie hypothétique (risque profit) mais par le fait que le responsable a la charge de connaître le danger de cette activité avant même de la poursuivre et qu'il doit donc l'organiser en tenant compte de ce danger, autrement dit qu'il doit prendre toutes les précautions nécessaires.

de son activité et le dommage constaté, autrement dit à rechercher *l'attribution des conséquences à un être responsable par les conséquences de son acte et non par son acte*. Or, l'établissement d'un lien subjectif entre l'exploitant et l'activité à risque suppose une analyse portée sur son comportement. Cette recherche impose alors de considérer que la réalisation du risque *strictement* anormal, c'est-à-dire le risque véritablement réalisé en dépit de la meilleure diligence, matérialise le manquement d'une obligation (ou d'un devoir) préexistant qui incombe à l'exploitant³⁸⁵³. La recherche d'une telle obligation se heurte à certains obstacles, dès lors qu'elle repose sur l'idée d'un risque-fautif.

861. Un lien causal éventuellement réservé au comportement de l'exploitant personne publique.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, le risque a trouvé ces dernières années un second souffle sur le terrain de la faute. L'idée a en effet fait son chemin que « dans certaines conditions, la création d'un risque soit socialement ressentie comme le manquement à une règle »³⁸⁵⁴. Est-ce à dire que, suivant cette intuition sociale, l'exploitant pourrait être responsable en raison du risque fautif auquel son activité expose les tiers ? Rien n'est moins sûr tant le contexte dans lequel cette idée a émergé peut fortement en restreindre la transposition dans notre propos. Nous l'avons en effet déjà entraperçu supra, c'est principalement dans le droit de la responsabilité administrative qu'a subsisté cette idée de faute diffuse exprimée par le Doyen CARBONNIER³⁸⁵⁵. Elle peut lui être également exclusive pour deux raisons. D'une part, elle tient à l'évolution même de ce droit, au sein duquel le juge s'est souvent montré réticent à reconnaître une faute là où le risque pouvait servir d'écran entre le comportement de l'administration et la situation dommageable³⁸⁵⁶. D'autre part, elle tient au fait que la responsabilité de l'administration rend concrètement admissible l'assertion selon laquelle la réalisation du risque lié à une activité profitable à l'administration serait fautive³⁸⁵⁷. Dans cette hypothèse, le lien causal pourrait en effet résulter de la faute virtuelle imputée à la puissance publique et née de la violation de la « vaste obligation de sécurité » lui incombant, et dont fait état CORNU³⁸⁵⁸. Résultant du rapport inégalitaire qui caractérise la relation État/individu³⁸⁵⁹, voire du contrat social³⁸⁶⁰, cette obligation de

³⁸⁵³ Sur la distinction entre le devoir et l'obligation et sur l'emploi de l'obligation *lato sensu* : voy. *supra* note 2514 et N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Paris, 2017, Éditions Panthéon Sorbonne, 475 p.

³⁸⁵⁴ R. LATOURNERIE, « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », R.D.P., 1945, p. 325.

³⁸⁵⁵ Voy. F. MODERNE, « Note sous CE 9 mars 1966, *Ministre de la justice contre Trouillet* », JCP 1966, II, 14811 pour qui il devait être admis cette « considération essentielle que le droit commun s'inspire toujours de l'idée de faute », ou encore D. DE BECHILLON, « A propos des catégories du droit de la responsabilité » in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Les colloques du Sénat, Paris, 2001, p. 315 s'interrogeant sur la raison pour laquelle « nous tenons tant à penser que la responsabilité sans faute et la responsabilité pour faute appartiennent à des univers radicalement différents, voire paradigmatiquement opposés ? ». Voy. encore B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, Paris, LGDJ, 2007, p. 13 ; CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Études et document n°56, Paris, La Documentation française, 2005, p. 226 ou encore B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 1524.

³⁸⁵⁶ Voy. *supra* § 814

³⁸⁵⁷ Ibid ; B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, op. cit., p. 294.

³⁸⁵⁸ Voy. G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en Droit privé et en Droit public*, (1951), remp., Paris, Ed. La mémoire du droit, 2010, pp. 274 et ss.

³⁸⁵⁹ L'inégalité entre l'État et l'individu qui innerve et caractérise tout le droit public conduirait à introniser le premier d'une « obligation d'agir pratiquement », laquelle résumerait tant sa raison d'être qu'elle serait la contrepartie de sa puissance d'action : voy. G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en Droit privé et en Droit public*, op. cit., p. 275 et rapprochez L. DUGUIT, *Les transformations du droit public* (1913), Paris, La Mémoire du Droit, p. XVIII et B. CAMGUILHEM, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, op. cit., pp. 337-338.

³⁸⁶⁰ Il s'agit du « contrat social » par lequel les individus auraient aliéné une partie de leur liberté contre la garantie de leur sécurité, et qui justifierait que le maintien de la sécurité apparaisse à la fois comme la justification originelle de l'État, la source de sa légitimité et le but de sa mission. Ainsi, les grands penseurs de la modernité désignaient pour beaucoup la sécurité comme la fin de l'action publique : voy. T. HOBBS, *Leviathan*, 1651, trad. F. TRICAUD, Paris, Sirey 1992, p. 202 ; B. SPINOZA *Traité Politique*, trad. F.-C. RAMOND, Paris, PUF, 2005, p. 93 ou encore J.

sécurité constituerait le fondement de la responsabilité de la puissance publique. Elle se nuancerait ainsi sous la forme d'une « obligation de résultat » lorsque s'envisagerait la dangerosité d'une activité de l'administration. Ces activités excéderaient en effet « les attentes légitimes » du citoyen dans ce degré de « patience sociale » qui nuance son « droit à la sécurité ». Sans préjudice des critiques que nous avons émises à l'encontre de l'obligation de sécurité qui conduit aujourd'hui à positionner l'État en première ligne face à la résurgence sociale d'accusation³⁸⁶¹, il reste que même envisagée par le prisme de celui qui exploite l'activité – et non qui exerce un contrôle indirect sur cette dernière – cette explication ne suffit pas. Sans préjudice ni des tentatives opérées en ce sens³⁸⁶² ni de la formulation de certaines règles de responsabilité civile³⁸⁶³, elle ne trouve en effet aucun écho dans les rapports entre individus que concerne prioritairement la règle de responsabilité envisagée présentement³⁸⁶⁴. Même appliquée à l'administration exploitante d'une activité à risque, telle qu'une activité de fusion, la théorie du risque-fautif doit rester dans de justes bornes. À l'excès, elle peut emporter cette idée qu'il « constitue une faute pour l'administration de créer un risque, par exemple, en entretenant une activité dangereuse »³⁸⁶⁵. Or cette compréhension excessive bouleverserait la compréhension de la règle de responsabilité. Dans le cadre de cette dernière, la seule exposition à un risque anormal ne suppose (en principe³⁸⁶⁶) aucune illicéité. Néanmoins, si l'exigence d'un lien entre le comportement de l'exploitant et la réalisation du risque doit effectivement résider dans le manquement fictif à un devoir préexistant et incombant à l'exploitant de ne pas causer de dommage et donc ne pas laisser le risque caractérisant l'activité se réaliser, il faut encore en trouver la source. Parce qu'il est difficile d'exiger de l'exploitant personne privée le respect d'un devoir de ne pas causer de dommage à autrui tout en étant conscient

LOCKE, *Second traité du gouvernement. Un essai sur l'origine véritable, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. J-F. SPITZ, Paris, PUF, 1994, p. 68. Voy. plus généralement F. GROS, *Le principe de sécurité*, Paris, Gallimard, 2012, p. 94 ; CE, *La prise en compte du risque dans la décision publique, Pour une action publique plus audacieuse*, Étude annuelles, Paris, La Documentation française, 2018, p. 10 ou encore J-M. PONTIER, « La puissance publique et la prévention des risques », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1753.

³⁸⁶¹ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 1.

³⁸⁶² Rapprochez *supra* note 3193.

³⁸⁶³ Certaines responsabilités civiles serait aujourd'hui justifiée par cette idée d'un manquement à un tel devoir de résultat justifiant que la responsabilité soit recherchée *même sans faute* dans la matière extracontractuelle. Tel serait le cas de la responsabilité du fait des produits défectueux ou encore de du trouble anormal de voisinage. Cependant, le particularisme de ces deux règles de responsabilités les fait cependant apparaître d'un intérêt relatif pour la recherche d'une explication à la responsabilité de l'exploitant. Quoique la première ait été réputée fondée sur un devoir de sécurité (dès lors qu'elle existe en dehors de la sphère du contrat), elle propose en réalité une responsabilité peu exempte de toute appréciation portée sur le comportement du désigné responsable et indépendante de la dangerosité préalable du produit : voy. *Code civil*, art. 1245 et ss et sp. P. OUDOT, *Le risque de développement – Contribution au maintien du droit à réparation*, *op. cit.*, pp. 195 et ss et p. 264 ; « Le piège communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux », *Revue Droit et patrimoine*, 2003, sp. p. 45 s et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, pp. 2574 et ss. Quant à la seconde, le devoir de résultat de ne pas causer de dommage à ses voisins sur lequel elle est admise reposer a fait l'objet de tant discussion qu'il serait risqué de s'aventurer à la prendre comme exemple. On sait que la doctrine n'a jamais vraiment pu s'entendre sur le véritable fondement de cette responsabilité qu'elle devait avoir, entre autres, fondé sur la faute ou l'abus de droit de propriété, avant que la Cour de cassation n'affirme explicitement que la faute n'en constitue pas une condition : voy. Cass. civ. 3, 16 novembre 1977, n° 76-11874, Bull. civ. III, n° 395, p. 301 : voy. *supra* Introduction § 27, sp. note 266. En ce sens, Stéphane OBELLIANE avait considéré que le trouble anormal de voisinage n'aurait été que l'illustration d'une responsabilité justifiée par l'exposition d'un voisin à risque illicite de dommage. L'anormalité n'affecterait pas le dommage, mais bel et bien les circonstances des nuisances qui sont susceptibles d'en constituer la cause directe. Fondé sur un droit de nuire dans certaines limites, le principe aurait servi à déployer « un parapluie d'irresponsabilité au bénéfice d'un écart de conduite dommageable » : voy. S. OBELLIANE, *Les sources des obligations*, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 2009, pp. 441-445. Il doit toutefois apparaître cette différence subtile avec la responsabilité du fait des activités à risque que l'exposition au risque apparaît licite dans cette dernière. Ce n'est pas dire cependant que les deux règles ne seront pas susceptibles d'influer sur l'application de l'une ou de l'autre. Dans les limites de son champ d'application, la règle de responsabilité du fait des activités à risque pourrait en effet permettre de résoudre certaines difficultés liées à la compréhension du trouble anormal de voisinage, notamment en ce qui concerne les dommages accidentels, la question de la théorie de la préoccupation ou encore celle de l'autorisation administrative (et ce quoique le projet de réforme actuel de la responsabilité civile soit revenu sur cette dernière limite). Réciproquement, il ne faut toutefois pas exclure qu'une activité à risque puisse exposer autrui à un trouble anormal de voisinage si cela ne constitue pas la réalisation du risque anormal.

³⁸⁶⁴ Voy. G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en Droit privé et en Droit public*, *op. cit.*, p. 281.

³⁸⁶⁵ B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, *op. cit.*, p. 294.

³⁸⁶⁶ Bien que la règle soit étendue aux activités illicites pour ne pas léser les victimes comme vu à la Section précédente.

qu'il n'est pas nécessairement en mesure de le respecter, celui-ci ne peut que résulter d'un engagement de ce dernier, autrement dit de sa propre volonté.

b. L'apport du lien causal entre l'acceptation des prérogatives et la réalisation du risque

862. L'établissement du lien entre maîtrise, volonté et responsabilité. Si l'idée de faire dépendre la responsabilité d'une personne de sa volonté peut surprendre de prime abord, elle est pourtant loin d'être inédite. C'est d'ailleurs en faisant face à ce même constat que la théorie de la volonté a fondé la thèse de Jérôme JULIEN consacrée au cas de responsabilité du fait d'autrui. En effet, quand la conception de la responsabilité centrée sur un rapport de causalité s'est trouvée « révolue »³⁸⁶⁷ sous l'évolution du droit positif et qu'il est apparu que l'on pouvait être déclaré responsable d'un dommage causé par un autre ou que l'on n'a pas causé³⁸⁶⁸, la doctrine a fait face à la difficulté de trouver un concept susceptible de fonder l'institution de la responsabilité dans son ensemble. L'idée a alors pointé que l'autorité ou le pouvoir pouvaient constituer en eux-mêmes le critère susceptible d'expliquer toute l'institution, un « habit à sa juste taille »³⁸⁶⁹. S'inspirant de la définition de la responsabilité donnée par Noël DEJEAN DE LA BÂTIE³⁸⁷⁰, la responsabilité serait justifiée quand un fait défectueux se serait manifesté dans la « sphère d'autorité » d'un agent, alors désigné responsable³⁸⁷¹. Quoiqu'apparaissant comme un facteur de cohérence du droit positif de la responsabilité civile³⁸⁷², cette notion d'autorité, que nous avons envisagée plus généralement sous le vocable de maîtrise³⁸⁷³, ne suffit pas à en apporter une explication satisfaisante. Dans notre situation, cela reviendrait à la confondre avec la causalité et rejoindrait l'idée que la responsabilité de l'exploitant ne se justifierait que par le pouvoir qu'il a sur des personnes et des choses qui interviennent dans sa sphère d'autorité ou de maîtrise. Or, cette thèse est mise en échec à l'endroit des activités dont l'anormalité du risque rencontre les limites de sa maîtrise. Dès lors, si nous rappelons ici à cette idée, ce n'est pas pour rappeler cette insuffisance, mais pour y adjoindre celle proposée par Jérôme JULIEN et qui comble les brèches des difficultés précédemment relevées.

Cherchant à trouver un fondement unique aux cas de responsabilité du fait d'autrui, cet auteur considère que le système porté par ces responsabilités n'est admissible que dans la mesure où le

³⁸⁶⁷ C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la notion de causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 620.

³⁸⁶⁸ Voy. M-P. LAMOUR, « Des cas où l'on répare un dommage que l'on n'a pas causé », RRJ, 2002, p. 1237 ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la notion de causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 621

³⁸⁶⁹ P. BRUN, *La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 111

³⁸⁷⁰ Voy. N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Responsabilité délictuelle, t. VI-2 du Droit civil français d'Aubry et Rau*, 8^{ème} ed, Paris, Librairie technique, 1989, p. 2. : « pour comprendre l'institution, telle qu'elle fonctionne dans la généralité des cas, on peut partir de l'idée qu'il existe entre les hommes vivants en société, un état d'équilibre dans lequel ils tentent de concilier de façon plus ou moins harmonieuse, le besoin qu'a chacun d'agir librement et l'aspiration à une certaine sécurité : mais cette équilibre se trouve en quelque mesure rompu quand ce qu'une personne a sous son autorité (qu'il s'agisse d'elle-même aussi bien des êtres ou des choses qui lui sont subordonnées) cause un dommage à autrui en se comportant de façon incorrecte. La production de ce dommage est ressentie alors, comme un trouble social ; et la responsabilité civile intervient pour résorber ce trouble de la manière la plus simple : en transférant la charge du préjudice sur celui-là même à l'on en impute l'origine

³⁸⁷¹ Voy. P. BRUN, *La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 111 ou encore Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de la responsabilité », op. cit., p. 11 pour qui « [l']éthique de la responsabilité » relie toujours la charge de la réparation à un « pouvoir : pouvoir sur les choses, pouvoir sur les personnes ». Voy. également P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse, Paris II, 1982, n°196 : « ce sont les idées de pouvoir et d'autorité qui nous paraissent expliquer et justifier en droit positif la détermination de ces responsables qui n'ont pas été les auteurs directs du dommage » lequel nuance ainsi la position apportée dans son article précité.

³⁸⁷² Voy. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la notion de causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., pp. 622 et ss

³⁸⁷³ La notion de maîtrise impliquant celle d'autorité comme vu *supra*.

désigné responsable a toujours accepté l'exercice de certaines prérogatives sur l'auteur matériel du dommage, c'est-à-dire celui qui l'a causé directement. Pour l'auteur, tous les cas de responsabilité civile du fait d'autrui trouvent une justification unique dans cette volonté du désigné responsable³⁸⁷⁴. Dans cette vision, où l'homme devrait ainsi revenir sur le « devant de la scène », pourrait s'éteindre

« la lutte qui s'entr'aperçoit entre une vision objective et une vision subjective de la responsabilité [et qui] n'en est en fait pas une [...] il n'y a pas d'exclusion possible ni souhaitable de l'une par l'autre. Seulement leurs domaines d'application doivent être en mesure de coexister afin que soit préservé l'aspect humain de la question et que la responsabilité ne devienne pas un seul mécanisme comptable et désincarné »³⁸⁷⁵.

C'est en considérant que « la conjonction d'un fondement subjectif (la volonté du civilement responsable) et d'un régime objectif (une responsabilité de plein droit) instaurerait un certain équilibre, et maintiendrait le principe général dans de justes bornes »³⁸⁷⁶, qu'il nous est possible d'exploiter cette théorie de la volonté dans le cadre de la responsabilité de l'exploitant d'une activité à risque.

863. La responsabilité de l'exploitant comme « rançon » d'une maîtrise acceptée. L'idée n'est d'ailleurs pas nouvelle : elle a été d'ores et déjà formulée par les auteurs de l'avant-projet Suisse, par Geneviève SCHAMPS et surtout par Laurène MAZEAU. Ces auteurs ont en effet considéré que la responsabilité incombant à l'exploitant doit lui être imposée en contrepartie du privilège d'exploiter une activité présentant un risque anormal qui ne peut être éliminée par l'adoption de la diligence raisonnable. La responsabilité civile de l'exploitant d'une activité à risque n'apparaît ainsi que comme la contrepartie des pouvoirs qui lui sont conférés pour cette exploitation, c'est-à-dire la maîtrise de cette activité. Ce serait donc en vertu de ce privilège que l'exploitant aurait le devoir d'empêcher la réalisation du risque — ou à tout le moins d'en minimiser la survenance — et le cas échéant d'en réparer les dommages occasionnés³⁸⁷⁷. Cela rejoindrait d'ailleurs l'idée de Philippe BRUN pour qui la responsabilité doit *in fine* apparaître comme « la rançon de l'autorité »³⁸⁷⁸.

Plus encore, il y aurait un parallèle, certes périlleux, mais pas inintéressant à établir avec l'idée de la faute virtuelle entraperçue à l'endroit de la responsabilité fondée sur le risque-fautif. Plus exactement, il est une idée qui *in fine* peu éloignée de celle qui sous-tend ladite obligation de sécurité qui incomberait à l'État. Outre le fait que cette source de dommage en puissance que constitue l'activité crée une forme de rapport inégalitaire entre l'exploitant et les individus, on pourrait entrapercevoir dans cette acceptation la conclusion d'une forme de contrat, sinon social, à tout le moins moral. D'un côté, l'ordre juridique libéral excuse la création d'un risque anormal dans la mesure où l'activité qui l'implique répond à des fins raisonnables. Autrement dit, il tolère que les individus soient exposés à un risque — quoique ces derniers ne l'aient éventuellement pas directement accepté³⁸⁷⁹. En revanche,

³⁸⁷⁴ J. JULIEN, *La responsabilité du fait d'autrui, ruptures et continuité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, sp. pp. 90 et ss.

³⁸⁷⁵ J. JULIEN, *La responsabilité du fait d'autrui, ruptures et continuité*, op. cit., p. 498.

³⁸⁷⁶ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 1017.

³⁸⁷⁷ Voy. P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, op. cit., p. 147 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 922 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 388.

³⁸⁷⁸ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 112.

³⁸⁷⁹ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 1, B.

il ne tolère pas les dommages susceptibles de résulter de la réalisation de ce risque. D'un autre côté, l'exploitant exerçant les prérogatives est présumé avoir accepté la maîtrise de cette activité, mais avec cette connaissance réelle ou « construite » qu'il ne sera peut-être pas en mesure d'en contrecarrer le risque. L'exploitant réputé « conscient »³⁸⁸⁰ du risque anormal mise donc sur sa capacité à le contenir. Il s'agit d'un pari duquel nait l'engagement source de son devoir envers autrui : celui que le risque anormal présenté par l'activité dont il a accepté la maîtrise ne se réalise pas. Ainsi, un exploitant d'une installation de fusion nucléaire doit faire son maximum pour que le risque nucléaire ne se réalise pas – autorisant ainsi la règle de responsabilité à déployer toute sa dimension préventive. Le cas échéant, il sera tenu d'assumer les conséquences de la réalisation du risque car ce fait dommageable viendra matérialiser son incapacité à tenir son engagement – permettant ainsi à la règle de déployer toute sa dimension réparatrice. Dès lors, si le prix à payer en contrepartie de ce privilège est l'assujettissement à une responsabilité *même sans faute*, c'est que celle-ci reste encore une condition indifférente. On ne saurait en effet dire qu'il y a une faute dans ce sens que la responsabilité nait de la réalisation du risque anormal indépendamment du comportement direct de l'exploitant. L'anormalité du risque constitue donc encore une justification première de la responsabilité et sa réalisation est bien la cause de l'obligation de réparer. Mais la faute, « tellement consubstantielle à notre civilisation [...] qu'il est difficile de la faire disparaître »³⁸⁸¹, ne sera, au fond, pas totalement inexistante.

Davantage, si la justification de la responsabilité de l'exploitant se trouve dans sa volonté d'exercer la maîtrise sur l'activité même présentant un risque anormal, elle explique que la responsabilité soit « canalisée » sur ce dernier. *In fine*, lui seul a accepté d'exploiter l'activité. Cela autorise donc à considérer que la réalisation du risque anormal ne peut pas relever d'une autre sphère d'autorité. Les choses ne sauraient cependant être affirmées avec autant de simplicité. De plus, le fait que la réalisation du risque survienne dans la sphère de maîtrise de l'exploitant ne doit pas impliquer qu'il en soit tenu à une responsabilité *même sans faute canalisée* sans limites ou tempéraments : si la maîtrise de l'activité justifie la responsabilité *même sans faute*, elle en dessine également les contours.

2. Des prérogatives circonscrivant la responsabilité de l'exploitant

864. Une responsabilité limitée à la maîtrise de l'activité. Que la responsabilité de l'exploitant soit la rançon de la maîtrise qu'il accepte d'exercer sur l'activité, nonobstant le risque anormal qu'elle présente, ne signifie pas pour autant qu'il sera exclusivement responsable pour tous les dommages engendrés par cette activité. D'une part, parce qu'il est ce principe que l'institution de la responsabilité civile n'est pas dans la réparation de tous les dommages, l'obligation de réparer de l'exploitant est limitée aux dommages qui résultent de la réalisation du risque anormal caractérisant son activité³⁸⁸². D'autre part, et surtout, s'il doit être admis que l'exploitant sera responsable *même sans faute* des

³⁸⁸⁰ Nous précisons évidemment que l'exploitant bénéficiant de la maîtrise intellectuelle, technique, voire scientifique, l'exploitation ne peut échoir à une personne incapable ou inconsciente : voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 393 *contra* B.A. KOCH, « art. 5:101. Activités anormalement dangereuses », op. cit., pp. 156-157 considérant que s'il est peu probable qu'une activité à risque soit exploitée par une personne incapable retient néanmoins la possibilité.

³⁸⁸¹ P. LE TOURNEAU (DIR.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 2574.

³⁸⁸² Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2, A.

conséquences engendrées par la réalisation de ce risque anormal, ce n'est qu'à la condition que celui-ci survienne dans sa sphère de maîtrise. Son devoir ne vaut donc que dans les limites de la maîtrise qu'il va exercer sur l'activité par le biais de ses prérogatives. Ainsi, comme il faudra faire la distinction entre la justification de la responsabilité de l'exploitant d'une installation de fusion et la traduction matérielle du lien d'imputation en résultant³⁸⁸³, il faudra aussi faire la distinction entre la réalisation du risque nucléaire de fusion même incompressible inhérent à cette activité que l'exploitant a sous sa maîtrise, et la réalisation du risque nucléaire de fusion qui résulterait d'un fait étranger à l'activité et sur lequel il n'aurait aucune maîtrise. Dès lors, cela oblige à prendre en considération l'ensemble des données permettant de déterminer jusqu'où s'étend la sphère de maîtrise de l'exploitant d'une activité à risque, la mesure dans laquelle celle-ci peut justifier l'exclusivité de sa responsabilité et les cas auxquels peut s'étendre le lien d'imputation ainsi défini.

865. Plan. Pour cela, il s'agit donc de s'intéresser aux modalités de la responsabilité de l'exploitant en raison des faits susceptibles d'entrer dans sa sphère de maîtrise (a.). Il s'agit ensuite de questionner l'appréhension des états de fait étrangers à l'activité, mais susceptibles d'influer sur la réalisation du risque qu'elle présente (b.).

a. La responsabilité de l'exploitant pour les faits entrant dans sa sphère de maîtrise

866. Plan. S'il doit être admis que la maîtrise de l'exploitant sur l'activité justifie que sa responsabilité soit recherchée pour la réalisation du risque anormal caractérisant l'activité, la question de la portée de sa responsabilité apparaît délicate lorsque la réalisation du risque anormal trouve une cause dans le fait d'une personne agissant dans la sphère de maîtrise de l'exploitant (i.), et interroge alors la pertinence d'une canalisation trop rigoureuse (ii.).

i. Une responsabilité de l'exploitant englobant les faits d'autrui

867. Le constat de l'existence de sphère d'autorité concurrente. Si l'activité constitue un ensemble dans lequel se trouvent imbriqués tant des éléments matériels qu'humains, s'intéresser aux choses et surtout aux individus susceptibles d'entrer dans la sphère de maîtrise de l'exploitant présente une certaine importance. Pour le comprendre, il faut lever le voile sur la ligne de démarcation qui peut exister, quoiqu'étant indifférente sur le résultat de l'imputation, entre la fiction que constitue l'activité vue comme un tout indivisible dans laquelle tout un chacun et toute chose concourt indivisiblement, et ses éléments qui la composent. Conceptualisée aux fins de l'établissement de la règle de responsabilité, cette idée que la réalisation du risque anormal (fait générateur juridique) est la manifestation du caractère intrinsèquement incompressible de ce dernier, ou la manifestation d'un défaut de maîtrise de l'exploitant sur l'activité, ne doit pas éluder le fait que la réalisation du risque peut résulter du fait d'un de ces hommes ou d'une de ces choses ou de leur interaction, qui en constituent alors le « fait générateur technique » ou la *causa remota*. Il résulte alors de cet état de fait une réalité : celle de l'existence de sphère d'autorité concurrente à celle de l'exploitant en raison de la

³⁸⁸³ Voy. en ce sens L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 390.

possibilité que le fait ayant causé le dommage matérialise une faute de cette personne ou le fait d'une chose qu'elle peut avoir sous sa garde³⁸⁸⁴. Alors certes, cela pourrait être indifférent à l'endroit des préposés de l'exploitant à l'égard desquels il y existe déjà une responsabilité quelque peu canalisée³⁸⁸⁵. Mais outre les limites de cette canalisation³⁸⁸⁶, elle subsiste à l'endroit des individus dont la responsabilité peut être recherchée parce qu'ils pénètrent la sphère de maîtrise de l'exploitant sans pour autant remplir les conditions du lien de subordination, fut-il factuel, que caractérise la notion de préposé³⁸⁸⁷.

Dans le cadre des activités à risque, comme les activités de fusion, nombreuses sont les personnes susceptibles d'entrer « légitimement » dans la sphère de l'activité de l'exploitant, dans ce sens que quels que soient leurs situations et leurs rapports juridiques avec ce dernier, il autorise leur présence³⁸⁸⁸. Or ces personnes pourraient être une cause matérielle de la réalisation du risque par leur propre comportement ou en raison du fait d'une personne ou d'une chose qu'elles ont sous leur garde : sous-traitants³⁸⁸⁹, fournisseurs, membres de la famille, visiteurs occasionnels, transporteurs etc. Dans certaines situations, la responsabilité du fait des choses constitue d'ailleurs un exemple prégnant des difficultés susceptibles d'être rencontrées. Si l'on imagine qu'une chose de l'activité soit la cause de la réalisation du risque anormal, il pourrait exister un *hiatus* entre celui qui aurait la garde matérielle de la chose et l'exploitant réputé détenir les prérogatives quant à son utilisation : cette chose constituant alors une ressource opérationnelle de l'activité traduisant l'une de ses prérogatives. Tel pourrait être le cas du transport de certaines substances inhérentes à l'activité de fusion, dont l'exclusion du régime conventionnel renvoie à l'application du droit commun pour régir les dommages en résultant. Assurément, la détermination du responsable peut ici être facilitée par une appréhension intellectuelle de la chose conduisant à faire peser la responsabilité sur celui qui est au contrôle de l'activité, que ce soit par analogie avec la situation des préposés³⁸⁹⁰ ou par l'utilisation de la présomption attachée à celui qui détient la garde de la structure³⁸⁹¹. Toutefois, parce qu'il peut y avoir

³⁸⁸⁴ Voy. sur cette question C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., pp. 629 et ss.

³⁸⁸⁵ Les préposés ne peuvent, en droit civil, être gardiens d'une chose : voy. Cass. civ., 27 février 1929, DP 1929. 1. 129, note G. RIPERT ; S. 1929. 1. 297, note L. HUGUENEY, et J. FLOUR, « Les rapports de la responsabilité du fait des choses et de la responsabilité du fait d'autrui », RCLJ. 1935, 379 ; M-A. PÉANO, « L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé », D., 1991, chron. 51. Ils bénéficient d'une immunité lorsque la faute est commise dans les limites de leurs missions : Cass. Com, 12 octobre 1993, Rochas, n°91-10.864, Bull. com, n°338, p. 245 ; Cass. ass. plén., 25 février 2000, Costedoat, n°97-17.387, n°97-20.152, Bull. A.P., n°2, p. 3 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2004, n° 01-17.168, Bull. civ. I, n°260, p. 217. Plus généralement J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », Répertoire de droit civil, 2019, §§ 129 et ss ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 1013, 1047 et ss.

³⁸⁸⁶ La « canalisation » de la responsabilité sur le commettant tombe dès lors que le préposé excédant la limite de ses missions ou commettant une infraction pénale peut voir sa responsabilité engagée auprès de celle du commettant, ou encore dans l'hypothèse dans laquelle un abus de fonction écarterait la responsabilité de ce dernier : voy. Cass. ass. plén., 14 décembre 2001, Cousin, n° 00-82.066, Bull. A.P., n°17, p. 35 ; Cass. civ. 2^e, 21 février 2008, n° 06-21.182, Inédit ; Cass. ass. plén., 17 juin 1983, n° 82-91.632, Bull. AP, n°8 ; Cass. ass. plén., 15 novembre 1985, n° 84-12.601, Bull. A. P, n° 9 et surtout Cass. ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82.654, Bull. A.P n° 5 et plus généralement J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », op. cit., §§ 136 et ss ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 1057 et ss.

³⁸⁸⁷ Sur l'appréhension factuelle du lien de préposition J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », op. cit., §§ 112 et ss ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 1049 et ss.

³⁸⁸⁸ Voy. G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 928 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 396 et P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, op. cit., p. 149 montrant néanmoins une position restrictive dans ce sens que la personne doit être « au service de l'activité dangereuse ».

³⁸⁸⁹ Voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 396 révélant l'intérêt d'inclure les sous-traitants par le prisme de l'affaire AZF.

³⁸⁹⁰ Bien que l'exclusion de la garde du préposé ne soit pas exempte de critiques : voy. M-A. PÉANO, « L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé », D. 1991, chron. 51 et J. JULIEN, « Responsabilité du fait d'autrui », op. cit., § 130.

³⁸⁹¹ Voy. Cass. civ. 2, 5 janvier 1956, n°56-02.126, 56.02.138, *Oxygène liquide*, Bull. civ. II, n°2, p. 1 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 979 et ss.

autant de personnes qui entrent dans la sphère de maîtrise de l'exploitant que de sphères de maîtrise dans lesquelles l'exploitant peut entrer, cette distinction pourrait ne pas aboutir au résultat escompté. Dans ce cadre, le risque serait en effet prégnant d'une recherche en cascade du responsable. On pourra d'ailleurs, pour en témoigner, se référer à un arrêt de la Cour de cassation dans lequel a été retenue la responsabilité d'une société pétrolière qui avait prêté des cuves de stockage de carburant à l'exploitant d'une station-service au motif, entre autres, que « s'agissant d'une installation dangereuse, il n'était pas établi que les exploitants avaient reçu de sa part toutes les informations pour leur permettre de prévenir eux-mêmes les dommages qu'elle pouvait causer »³⁸⁹². La société pétrolière étant ainsi restée gardienne des cuves de stockage litigieuses et étant, en sus, apparue comme l'exploitant de droit³⁸⁹³, sa responsabilité pouvait être engagée. Le problème de la reproduction d'une telle solution dans le cadre de la règle de responsabilité apparaîtrait, sinon problématique, à tout le moins ambivalente, rappelant ainsi les critiques et contres-critiques du principe de canalisation.

868. Le problème relatif à l'existence de sphère d'autorité concurrente. D'un côté, on accordera certainement à la solution de la Cour de cassation sus-évoquée l'avantage de responsabiliser des personnes dont l'activité gravite autour de l'activité à risque et ainsi de répondre à cette problématique liée tant à la complexification croissante de la technologie qu'au risque de dérive vindicative résultant du principe de canalisation³⁸⁹⁴. D'un autre côté, cette solution questionne sur le rôle incombant à celui qui exploite l'activité à risque ainsi que sur la situation qu'elle engendrerait pour les victimes. Elle nous paraît ainsi en désaccord avec l'idée que l'exploitant prenant bien souvent la décision finale sur les moyens matériels que son activité mobilise, et ce quand bien même il n'en serait ni le propriétaire ni le concepteur, doit être responsable du dommage qu'occasionne cette activité, ne fût-ce que par le biais d'une chose ayant servi à sa poursuite. L'argument *a contrario* selon lequel celui qui exploite d'une activité à risque échapperait à toute responsabilité sous prétexte qu'il n'aurait pas détenu les informations pour lui permettre de prévenir les dommages présente un grand danger à l'endroit de la dimension préventive de la responsabilité quand chacun viendrait à compter sur la responsabilité de l'autre. Sans préjudice des conséquences qu'une telle situation pourrait engendrer pour les victimes, elle paraît surtout en totale contradiction avec les critères devant permettre d'identifier l'exploitant et les justifications de sa responsabilité. C'est pour cela qu'il nous faut admettre que l'exploitant, en acceptant la maîtrise de l'activité prise comme un tout indivisible, et donc en acceptant d'en exercer les prérogatives d'organisation et d'autorité y étant liées, est présumé prendre pour lui tous ces faits, et ce comme si sa sphère de maîtrise absorbait ces différentes sphères d'autorité. C'est aussi pour cela que l'on doit admettre que l'exploitant, s'il absorbe ainsi les sphères d'autorité des autres auteurs de dommages pénétrant la sphère d'activité, ne les effacerait pas totalement.

³⁸⁹² Cass. civ. 2, 12 octobre 2000, n°99-10.734, *Inédit*.

³⁸⁹³ *Ibid* : « que la société a toujours été l'interlocuteur unique du service technique des installations classées ».

³⁸⁹⁴ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

ii. Une responsabilité de l'exploitant non exclusive des faits d'autrui

869. La maîtrise sur l'activité comme facteur d'une canalisation « édulcorée »³⁸⁹⁵. Arrivés à ce stade de l'étude, la proposition d'une canalisation édulcorée de la responsabilité de l'exploitant ne doit pas surprendre. Aux vues de nos réserves déjà exprimées à l'endroit des responsables fautifs, le lecteur s'attend à ce que nous n'adhérons pas véritablement à ce principe dans sa forme la plus rigoureuse. Ce n'est pas dire, pourtant, que nous lui déniions tout intérêt : à l'endroit de la dimension préventive de la responsabilité, sinon de l'assurabilité, il présente ainsi un intérêt majeur³⁸⁹⁶. Simplement, et en partie pour les raisons sus-évoquées, nous ne pensons pas qu'il faille ici affirmer que l'exploitant sera *exclusivement* responsable pour tous les dommages nés de la réalisation du risque anormal susceptible de trouver sa cause matérielle survenant dans sa sphère de maîtrise. Pour cela, il s'agit, d'envisager, dans le cadre de la règle de responsabilité, une appréhension du principe de canalisation permettant de conserver ses intérêts et d'abandonner ses inconvénients, et cela en lui conférant une dimension à la fois substantielle et procédurale pouvant se présenter comme suit.

D'un point de vue substantiel, l'exploitant d'une installation de fusion possède la maîtrise sur l'activité, il est responsable pour les dommages causés par la réalisation du risque nucléaire de fusion qui constitue le fait générateur lui étant imputable. Les victimes pourront ainsi rechercher sa responsabilité. Néanmoins, ce fait générateur peut trouver son origine dans un autre fait technique, qui en constitue la *causa remota*, mais qui peut également constituer un autre fait générateur de responsabilité imputable à un tiers : une faute, la défectuosité d'un produit fourni etc. Pour exemple, la négligence fautive d'un sous-traitant dans le traitement d'une substance radioactive. Dans cette hypothèse, et parce que l'idée de limiter les préjudices réparables a été abandonnée dans le cadre de la règle de responsabilité de droit commun³⁸⁹⁷, on ne saurait alors interdire aux victimes et à l'exploitant lui-même de rechercher la responsabilité d'un autre, si la preuve était rapportée de l'intervention causale de ce fait. Il sera simplement une constante nécessaire pour respecter les fonctions de la règle de responsabilité : celle que la responsabilité de l'exploitant soit recherchée en toute hypothèse, si ce n'est même qu'elle soit recherchée en premier lieu. Telle nous paraît être ainsi l'essence, sinon originelle, à tout le moins contemporaine du principe de canalisation dont l'idée substantielle, dans le cadre de la règle de droit commun³⁸⁹⁸, doit être d'orienter les victimes vers un *primo* responsable déterminé sans pour autant écarter les tiers. Partant, c'est principalement par le prisme des règles procédurales relatives à la mise en œuvre de la responsabilité du fait des activités à risque que pourront s'envisager les modalités de cette canalisation édulcorée, en convoquant

³⁸⁹⁵ E. AMEYE, "Channelling of nuclear Third-Party Liability towards the Operator: Is it sustainable in a Developing Nuclear World or is there a Need for Liability of Nuclear Architects and Engineers?", *EEELR*, February 2010, p. 56.

³⁸⁹⁶ Voy. *supra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 1, § 2.

³⁸⁹⁷ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2 *in fine*.

³⁸⁹⁸ Dans ce sens que si une activité à risque devait présenter des difficultés telles qu'un principe de canalisation à l'application plus rigoureuse, telle que celui du régime de responsabilité civile nucléaire, devait être nécessaire, il serait encore possible de considérer la possibilité d'établir un régime spécial.

notamment le principe de l'obligation *in solidum*³⁸⁹⁹. Mais il n'est pas dit que cette canalisation édulcorée ne rencontre quelques difficultés ou qu'elle se trouve limitée.

870. La maîtrise sur l'activité comme facteur de cumuls incertains. Par l'autorité qu'il exerce sur l'activité, l'exploitant est responsable pour le fait de toute personne qui entre « légitimement » dans sa sphère d'activité et qui pourrait constituer une *causa remota* de la réalisation du risque anormal. Le comportement de ces personnes est ainsi envisagé comme un « élément intégrant du fait de rattachement objectif de la responsabilité »³⁹⁰⁰. Or, il ne s'agit pas là de considérer que la maîtrise de l'exploitant puisse s'envisager comme une nouvelle responsabilité du fait d'autrui : « construire un régime de droit commun pour faire appel ensuite pour une partie du domaine qu'il recouvre dans les faits, à un autre régime de droit commun, ne peut s'envisager comme une évolution souhaitable »³⁹⁰¹. Cependant, l'autorité exercée par l'exploitant sur ces personnes peut poser des difficultés conceptuelles dans l'articulation avec les responsabilités fondées sur cette même autorité. Dans le cadre des responsabilités du fait d'autrui, le juge interdit certains cumuls : ainsi le commettant est responsable de la faute du préposé mineur à l'exclusion des parents, et ce en raison du contrôle prédominant exercé celui-ci³⁹⁰². Dès lors, l'approche de la responsabilité de l'exploitant en raison de l'autorité amène à questionner la mesure dans laquelle sa responsabilité peut s'articuler avec celle d'un autre. Par exemple, la responsabilité de l'exploitant d'une installation de fusion doit-elle se cumuler avec celle du commettant d'un préposé sous-traitant si la faute de ce dernier doit constituer une *causa remota* de la réalisation du risque nucléaire³⁹⁰³ ? Et cette question peut également se poser lorsque l'on envisage le pouvoir de l'exploitant sur les ressources opérationnelles matérielles de l'activité. Hormis le cas spécifique du préposé, est-il envisageable que la maîtrise que l'exploitant possède sur l'activité ne puisse exclure le fait qu'il soit seul gardien des choses concourant à son fonctionnement ? La garde n'étant en principe pas alternative – sauf distinction de la garde de la structure et du comportement – il est certainement des hypothèses dans lesquelles la question peut se poser de savoir si l'individu légitimement placé dans la sphère d'activité de l'exploitant et manipulant certains éléments en est le véritable gardien. Parce qu'il est impossible de prévoir toutes les hypothèses possibles, il ne paraît ni nécessaire ni opportun de pousser plus loin une réflexion sur des liens de rattachements que la règle de responsabilité envisagée vise justement à surmonter en évitant aux victimes d'avoir à en rechercher la réalité. Sur un dernier point, cependant, la question de la responsabilité de l'exploitant interroge : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle la réalisation du risque anormal trouve sa *causa remota* dans le fait d'un tiers ayant « illégitimement » pénétré sa sphère d'activité ou dans un fait extérieur lui étant irrésistible.

³⁸⁹⁹ Voy. *infra* Chapitre 2, Section 2.

³⁹⁰⁰ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif, op. cit.*, p. 149.

³⁹⁰¹ L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque, op. cit.*, p. 395.

³⁹⁰² Voy. Civ. 2, 18 mars 1981, n° 79-14036, *Bull. civ. II*, n°69 et plus généralement S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, sp. pp. 366 et ss et pour une présentation simplifiée L. GAILLARD, « Entre incertitudes et dissensus : le cumul possible des différentes responsabilités délictuelles ? », *Doctrin'Actu*, janvier 2019, art. 26.

³⁹⁰³ Le rapport de préposition se caractérise en effet par le fait que le préposé participe à l'activité, dans son intérêt, dont celui-ci conserve la maîtrise, et suppose l'autorité du commettant. Cette dernière condition fait ainsi obstacle à ce qu'un sous-traitant puisse par principe être un préposé : voy. Cass. civ. 3^e, 17 mars 1999, n° 97-15.403 ; Cass. civ. 3^e, 8 septembre 2009, n° 08-12.273, *Bull. civ. III*, n°181 et P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, p. 1049 et comparez avec Cass. civ. 2^e, 16 novembre 2006, n° 05-19.973, *Inédit*.

871. Le cas des personnes pénétrant de manière illégitime dans la sphère de maitrise. Pour que l'exploitant soit responsable de la réalisation du risque anormal en dépit de l'intervention causale d'un tiers, il faut que ce dernier soit « légitimement » entré dans la sphère d'activité comme faisant partie du complexe de faits auquel se rattache la responsabilité³⁹⁰⁴. Dès lors, la question se pose réciproquement de la responsabilité de l'exploitant lorsque la réalisation du risque anormal trouve sa *causa remota* dans le fait d'un tiers illégitime, dans ce sens qu'il se serait immiscé dans l'activité contre la volonté (expresse ou tacite) de l'exploitant. Parce que cette question interroge finalement les causes d'exonération de la responsabilité, elle appelle à distinguer trois hypothèses : celle de l'influence du fait du tiers illégitime ayant participé à la réalisation du risque anormal, celle de l'influence du tiers ayant contribué à la survenance du dommage et celle de l'influence de l'autorité administrative. Concernant la dernière hypothèse, si l'on considère que l'exploitant exerce son autorité sur toute personne pénétrant sa sphère d'activité, force est de constater que la question de l'autorité de contrôle que constitue la figure étatique pose difficulté. Il serait, en effet, délicat d'admettre que l'exploitant puisse exercer quelque autorité sur la figure étatique et délicat de considérer que cette dernière constitue un tiers illégitime. Néanmoins, et considérant la particularité causale de l'intervention fautive de l'administration dans la réalisation du dommage, cette question peut être mise de côté. Concernant la seconde hypothèse, elle ne concerne pas spécifiquement notre étude. En effet, elle ne questionne pas la question de l'imputation personnelle mais celle de l'imputation matérielle, autrement dit de la rupture du lien de causalité entre la réalisation du risque anormal et le dommage. Dans ces circonstances et suivant une présentation quelque peu schématique de l'enchaînement des causes, l'intervention du tiers, en aval de la réalisation du risque anormal, constitue une hypothèse classique d'un cas potentiel de pluralité de causes. Ainsi, sauf à ce que cette intervention évince totalement le lien de causalité existant entre le dommage subi par la victime et la réalisation d'un risque anormal, l'intervention du tiers ne saurait exonérer l'exploitant de sa responsabilité. À tout le moins, il pourrait en résulter un cas de coaction. Pour cela, le point nous intéressant ici est celui de savoir si le fait du tiers illégitime peut totalement exonérer la responsabilité de l'exploitant quand celui-ci a causé la réalisation du risque anormal.

Or, si l'on doit constater que le fait du tiers constitue *de lege lata* rarement une cause d'exonération de la responsabilité de l'exploitant d'une activité à risque, on ne saurait pour autant se convaincre qu'il doit être écludé pour la seule raison que l'on serait ainsi « à contre-courant du droit positif » ou que la solution apparaîtrait « injuste » pour les victimes³⁹⁰⁵. En réalité, la question qui doit véritablement se poser est de savoir si ce fait du tiers illégitime autorise à rompre le lien d'imputation personnel. À cette question, nous ne pensons pas pouvoir apporter de réponses définitives. D'un côté, il est du devoir de maitrise de l'exploitant d'empêcher l'immixtion illégitime d'un tiers dans son activité à

³⁹⁰⁴ Voy. comme énoncé *supra* G. SCHAMPS, *La mise en danger*, *op. cit.*, p. 928 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 396 et P. WIDMER, P. WEISSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Rapport explicatif*, *op. cit.*, p. 149 montrant néanmoins une position restrictive dans ce sens que la personne doit être « au service de l'activité dangereuse ».

³⁹⁰⁵ Voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 398.

risque. En toute hypothèse, la contribution de l'intervention du tiers illégitime à la réalisation du risque anormal n'élude pas le fait que le dommage en résultant serait occasionné en grande partie en raison de l'existence de l'activité à risque³⁹⁰⁶. D'un autre côté, si le devoir de maîtrise de l'exploitant s'étend à son activité et à celui de contenir un risque anormal prévisible et intrinsèque à celle-ci, il est compréhensible que la réalisation du risque anormal en raison d'un fait irrésistible extrinsèque à l'activité puisse lui permettre de s'exonérer de sa responsabilité. Pour cela, et dans une logique peu étrangère à celle du droit français, nous pouvons considérer (non sans quelques réserves) que le lien d'imputation puisse être rompu à la condition que ce fait du tiers revête un caractère de force majeure.

872. Le cas de la force majeure. Étudiée sous le prisme de la force majeure, le fait du tiers rejoint ici la question de la rupture du lien d'imputation que peut constituer une circonstance de catastrophe naturelle. Parce que les réserves énoncées à l'égard du premier sont les mêmes que celles que nous avons à l'égard du second, l'appréhension de ces deux causes d'exonération doit être commune. Si pour exonérer l'exploitant de sa responsabilité, il apparaît fondamental que ces faits soient extérieurs, irrésistibles et imprévisibles, le juge devra être particulièrement rigoureux dans l'appréciation de ces conditions, et ce en tenant compte particulièrement de la nature du risque anormal lié à l'activité. C'est donc l'ampleur du risque créé, son intensité et la prévisibilité de sa survenance dans le cas d'un tel événement qui seront susceptibles de guider le juge dans l'admission de ces causes exonératoires et de justifier la divergence de sa position selon le risque de l'activité en cause. Dans le cadre des activités de fusion nucléaire, le juge peut ainsi se montrer plus rigoureux compte tenu du fait que les risques nucléaires sont estimés accrus en cas de catastrophes naturelles³⁹⁰⁷ et que les exploitants sont tenus de prévoir des installations susceptibles de résister à ces événements³⁹⁰⁸. Ainsi, on peut considérer que l'immixtion d'un tiers illégitime, tel un fait de terrorisme, ne saurait exonérer l'exploitant lorsqu'il est supposé prévoir des dispositifs de sécurité pour contrecarrer ce risque³⁹⁰⁹. En revanche, on peut admettre qu'un véritable fait de guerre puisse constituer une cause d'exonération acceptable³⁹¹⁰. À l'inverse, une activité qui serait moins susceptible d'attirer une convoitise malveillante et/ou moins sujette à se « déchaîner » sous l'influence d'un événement météorologique exceptionnel pourrait faire l'objet d'une appréciation moins rigoureuse, l'activité étant moins

873. Conclusion du § et de la Section. Arrivés au terme de ces développements, il est possible de fournir une explication à la responsabilité de l'exploitant d'une activité à risque. Dès l'introduction de ce propos, nous avons ambitionné de doter la responsabilité d'une explication subjective reposant sur l'établissement d'un lien étroit entre le désigné-responsable, c'est-à-dire l'exploitant, et le fait générateur, c'est-à-dire la réalisation du risque anormal. La tâche n'était cependant pas aisée, et ce pour deux raisons. D'une part, il fallait prendre en considération le fait que la réalisation du risque

³⁹⁰⁶ Voy. ainsi G. SCHAMPS, *La mise en danger*, op. cit., p. 947 soulignant que « du point de vue de la personne lésée, il importe peu que son dommage résulte de l'exploitation en elle-même ou d'un fait extérieur qui n'a occasionné un tel préjudice qu'en raison de la présence d'une activité spécifiquement dangereuse ».

³⁹⁰⁷ À tout le moins, cela reste valable pour le risque nucléaire de fission.

³⁹⁰⁸ Voy. *supra* note 1191.

³⁹⁰⁹ *Ibid.*

³⁹¹⁰ *Ibid.*

anormal puisse trouver une cause, un fait générateur technique, dans le fait d'un tiers. D'autre part, il fallait prendre en considération le fait que le risque anormal étant un risque en lui-même incompressible, sa réalisation pouvait échapper à la meilleure diligence de l'exploitant. Pour cela, si le critère de la maîtrise, comme incluant le critère de l'autorité, est apparu comme participant à déterminer celui qui aurait la qualité d'exploitant, qu'il soit au demeurant une personne publique ou une société mère endossant ce rôle *ratione materiae*, ce critère est apparu en lui-même insuffisant à expliquer la responsabilité de l'exploitant. Tirant l'expérience de ceux qui ont, avant nous, cherché à trouver un fondement à la justification de ces responsabilités médiate, un critère est apparu pertinent pour venir s'y adjoindre : celui de la volonté. La responsabilité de l'exploitant se trouve ainsi justifiée et expliquée par son acceptation, en pleine conscience, de la maîtrise d'une activité qui, à l'instar des activités de fusion, présente un risque dont la réalisation est pourtant susceptible d'échapper à sa maîtrise. Par cet acte de volonté, l'exploitant s'engage à exploiter l'activité de manière qu'elle ne cause aucun dommage, et la réalisation du risque fonde alors le manquement à ce devoir, laissant virtuellement apparaître cette idée de faute diffuse. À l'excès, cette volonté de l'exploitant peut encore être source d'un contrat « moral » avec la société qui tolère son activité, mais qui ne tolère pas qu'elle cause de dommage, ou encore dans le rapport inégalitaire entre l'exploitant et la victime que suppose l'exploitation de l'activité dangereuse, une idée qui n'est d'ailleurs pas celle rappelée par certains auteurs pour qui la responsabilité pour risque n'aurait pu être admise qu'à raison « d'une inégalité fortement marquée de situations »³⁹¹¹. Partant, si la volonté justifie la responsabilité de l'exploitant, la maîtrise, outre qu'elle permet l'identification de l'exploitant, apparaît comme « un critérium » d'application de cet acte de volonté³⁹¹². Par le prisme de la « sphère de maîtrise », le critère permet de déterminer les contours de cette responsabilité de l'exploitant. Une fois levé le voile de l'activité prise comme un tout indivisible, le critère de la maîtrise participe ainsi à identifier les faits qui, lorsqu'ils seront à l'origine de la réalisation du risque, devront lui être imputés, et ceux dont on pourra, au cas par cas, considérer qu'ils échappent véritablement à sa sphère de maîtrise.

874. Conclusion du Chapitre. Après avoir autant identifié les apports que seraient susceptibles de présenter une règle de responsabilité du fait des activités à risque de portée générale applicable aux activités de fusion nucléaire, que d'en avoir identifié les contraintes, la formulation de la règle de responsabilité *stricto sensu* – a constitué le point nodal de cette étude. Tout l'enjeu de notre proposition d'englober ces activités dans une règle pouvant s'appliquer à l'évolution technologique incessante résidait dans la possibilité de formuler une règle au champ d'application suffisamment souple, mais dans le même temps suffisamment restreint, et doté d'une justification suffisamment convaincante pour assurer son efficacité et sa place au sein de l'institution de la responsabilité civile, tout en respectant autant que faire se peut la liberté d'action des individus et la sécurité juridique. En mobilisant la notion d'activité à risque, comme celle présentant *grosso modo* un risque ayant propension à engendrer des dommages graves et/ou susceptibles de troubler l'ordre public, en dépit

³⁹¹¹ J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 88.

³⁹¹² L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque, op. cit.*, p. 583.

de la meilleure diligence de son exploitant, et ce en raison des moyens, des procédés ou encore des substances que l'exploitation suppose, il nous a ainsi été permis de circonscrire le fait générateur de la responsabilité à la réalisation de ce risque anormal caractérisant ladite activité. En mobilisant, ensuite, la notion d'exploitation comme impliquant la maîtrise *acceptée* sur l'activité, il nous a été permis de justifier le lien d'imputation de la règle de responsabilité, et le report de la dette de réparation des dommages susceptibles de résulter de la réalisation de ce risque sur la tête de celui que ces critères désignent : l'exploitant de l'activité, entendu *ratione materiae*.

Cela étant dit, le propos ne peut s'achever sur la seule formulation de cette règle de responsabilité *stricto sensu*, comme identifiant le fait générateur et le lien d'imputation. Comme nous l'avons énoncé en introduction de ce *Titre*, la règle de responsabilité ne serait d'aucun intérêt si elle ne pouvait trouver une application efficace. Or, la mise en œuvre de la responsabilité du fait des activités soulève assurément des particularités, dont le régime de responsabilité civile nucléaire s'est fait le témoin, qui justifie qu'on y accorde des développements, et ce d'autant plus lorsque ces difficultés se mesurent à l'aune d'un risque tel que le risque nucléaire de fusion dont les effets diffus peuvent être sources de nombreuses difficultés. De plus, des éléments ont point dans la formulation de la règle *stricto sensu* comme devant appeler une réponse sur le plan procédural : tel est notamment le cas de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant dont nous avons admis que la mise en œuvre devait principalement apparaître d'ordre procédurale, dès lors que cette canalisation ne doit pas impliquer une formulation aussi rigoureuse que dans le régime de responsabilité civile nucléaire. Pour cela, les développements qui suivront, et qui seront consacrés à la formulation de la règle de responsabilité *lato sensu* apparaissent comme un prolongement indispensable de la proposition ici formulée.

CHAPITRE 2

LA FORMULATION *LATO SENSU* DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ

875. Un prolongement indispensable à l'application effective de la règle *stricto sensu*. Si la consécration d'une règle de responsabilité *stricto sensu* visant l'établissement d'un nouveau fait générateur de responsabilité constitue une condition *sine qua non* de la réception par le droit de la responsabilité civile des dommages causés par une activité à risque, tels que ceux susceptibles d'être occasionnés par les activités de fusion nucléaire, cela ne suffit pas à autoriser une réparation effective desdits dommages. Même en conférant au fait générateur toute la malléabilité caractéristique d'un régime de droit commun et de son lien d'imputation, ainsi qu'une dimension explicative autorisant la poursuite des fonctions de l'institution, on peut encore douter de l'efficacité de l'institution de la responsabilité à organiser la réparation de tels dommages. Le droit de la responsabilité supporte des reproches généraux, qui ne distinguent pas toujours ses défauts intrinsèques de ceux ressortant de règles ne lui étant pas exclusives, voire étrangères, mais qui demeurent nécessaires à sa mise en œuvre³⁹¹³. Pour cela, l'étude des mécanismes permettant à la règle de responsabilité de trouver une application effective et à l'institution de déployer toutes ses fonctions, apparaît comme le prolongement indispensable de la formulation de la règle *stricto sensu*. L'étude du régime de responsabilité civile nucléaire et des fonctions de la règle de responsabilité a mis en exergue l'importance des règles qui entourent la mise en œuvre pratique, pour ne pas dire contentieuse, de la responsabilité de l'exploitant. C'est d'ailleurs en ce sens que Joe VERHOEVEN considère que la réparation des dommages n'est « pas seulement une affaire de règle ; c'est aussi, et parfois surtout, une question de procédure ». Si bonne soit-elle, la règle de responsabilité demeure « vide de sens » si ses destinataires ne disposent pas des moyens de l'appliquer concrètement³⁹¹⁴. L'insuffisance de certains mécanismes à satisfaire les objectifs qui sous-tendent la réception des dommages causés par une activité à risque nous conduit à mesurer plus globalement l'aptitude du droit de la responsabilité *lato sensu*, en tant que « processus qui conduit du fait dommageable à l'application de la sanction », à gérer la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant et à proposer des pistes pour leur amélioration³⁹¹⁵.

876. La limitation de l'étude à une mise en œuvre judiciaire de la responsabilité. Lorsque les trois conditions de la responsabilité sont réunies, la victime d'un dommage a le droit d'en obtenir la réparation. Étudier la mise en œuvre de la responsabilité, c'est étudier les modalités par lesquelles la

³⁹¹³ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 280.

³⁹¹⁴ J. VERHOEVEN, « Une réparation communautaire ou internationale des catastrophes ? », op. cit., p. 490.

³⁹¹⁵ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., p. 3. Il est ainsi difficile d'établir avec exactitude les frontières du droit de la responsabilité, lequel peut englober autant le droit substantiel que les règles procédurales autorisant la mise en œuvre des règles substantielles ou entourant son effectivité. Certains manuels de droit de la responsabilité envisagent ainsi tant la question de la mise en œuvre du droit de la responsabilité dans son aspect procédural que la question des tiers payeurs : voy. notamment P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit. .

victime, créancière d'une dette de réparation³⁹¹⁶, fait valoir son droit à la réparation de ses préjudices subis et résultant d'un fait imputable au désigné responsable. Autrement dit, cela revient, *par principe*, à étudier les modalités et les conditions de l'exercice de ce droit par l'action introduite devant le juge matérialisant le droit pour la victime d'« être entendu[e] sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée »³⁹¹⁷. Nous précisons « *par principe* », car si notre « premier réflexe » nous incite à « porter toute l'attention sur le procès civil en responsabilité et sur la manière de l'adapter aux [dommages résultant d'une activité à risque] »³⁹¹⁸, le juge n'a pas le monopole de la résolution de ces litiges. Au-delà du recours à l'arbitrage, il existe plusieurs succédanés au mode judiciaire de règlement des différends visant la compensation financière des dommages³⁹¹⁹. Il en va ainsi de la transaction dont le principe a déjà été évoqué *supra*³⁹²⁰. Mode alternatif de règlement des différends prévu par le *Code de procédure civile* comme une procédure indépendante³⁹²¹, la transaction constitue aujourd'hui un moyen fortement usité en droit de la responsabilité civile, notamment en raison de la place qu'y occupe le mécanisme assurantiel³⁹²². Pour cela, et fort de l'expérience d'accidents technologiques dont la résolution s'est opérée par ce mécanisme³⁹²³, et notamment lors de l'accident de Fukushima³⁹²⁴, la transaction est parfois apparue, sous réserve de quelques ajustements, comme une modalité potentielle de mise en œuvre de la « responsabilité » dans le cadre de dommages causés par une activité à risque³⁹²⁵. Quoiqu'il soit certain que le mécanisme présente en période d'encombrement des rôles, la vertu salutaire de la rapidité et de la tranquillité d'esprit – *melior est certa pax quam sperata victoria* rappelait TROLONG³⁹²⁶ –, celle-ci ne trouve toutefois pas sa place au sein de la présente étude.

³⁹¹⁶ Sur la naissance substantielle d'une créance de réparation au moment de la réunion des trois conditions de la responsabilité : voy. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, Droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., pp. 685-686 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., pp. 398-399 ; Y. LEQUETTE, F. TÉRRÉ, P. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil les obligations*, 12^{ème} ed., Paris, Dalloz, 2018, p. 1183 ; P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA*, 9 novembre 2004, p. 49.

³⁹¹⁷ Voy. *Code de procédure civile*, art. 30.

³⁹¹⁸ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 367.

³⁹¹⁹ Certains sont même devenus un préalable obligatoire à la saisine du juge : voy. pour exemple *Code de procédure civile*, art. 750-1 lequel vise, sauf exception et à peine d'irrecevabilité, l'obligation de précéder une demande en justice d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, notamment lorsque la demande tend au paiement d'une somme inférieure ou égale à 5000 euros.

³⁹²⁰ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 1, B.

³⁹²¹ Sur ces modes alternatifs de règlement des conflits : voy. *Code de procédure civile*, art. 1528 et ss ; L. CADIET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2019, sp pp. 74 et ss ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 2314 et ss ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2021, pp. 1219 et ss. Sur l'assimilation à une transaction des accords d'indemnisation résultant d'un mode alternatif de règlement des différends : voy. M. REVERCHON-BILLOT, « Transaction », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2018, §§ 46-49.

³⁹²² Tel est ainsi le cas en matière d'accidents de la circulation où l'assureur du responsable ou le fonds de garantie sont tenus de faire une offre de transaction à la victime qu'elle peut refuser au profit de la voie judiciaire : voy. *Code des assurances*, art. L. 211-8 et ss ; P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 2531 et ss. Le mécanisme a par suite été étendu à d'autres régimes d'indemnisation (amiante, sang contaminé, victimes d'acte de terrorisme, etc.) et concernait jusqu'à la suppression de l'intervention du fond, les victimes de catastrophes technologiques. Sur ce droit spécial de la transaction voy. L. CADIET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, op. cit., p. 97 ; M. REVERCHON-BILLOT, « Transaction », op. cit., sp. § 10.

³⁹²³ Le mécanisme a ainsi pu être mobilisé avec force dans le cadre de l'accident d'AZF par le biais d'une convention d'indemnisation conclue avec la société Grande Paroisse/Groupe TFE. Il en aurait été de même concernant l'indemnisation des victimes du stade Furiani, de l'explosion de gaz de Mulhouse en 2004 ou encore de l'accident radioactif sériel d'Épinal : voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 436 et ss ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 377 et ss et C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 172 et ss.

³⁹²⁴ L'indemnisation des dommages de Fukushima a été le fruit d'un recours à ce procédé aux côtés d'un fonds d'indemnisation : voy. sp. X. VASQUEZ-MAIGNAN, « Fukushima : responsabilité et indemnisation », op. cit., pp. 67-70.

³⁹²⁵ Voy. L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 430 et ss ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 369 et ss. et sur l'intérêt dans le cadre d'un accident nucléaire : OCDE/AEN, *Indemnisation des dommages en cas d'accident nucléaire*, *Compte rendu d'un atelier*, op. cit., ; S. DAÏNA, « Comment gérer la réparation du dommage ? », op. cit., p. 335-346 ; D. HARBRÜCKER, « Claims Settlement Procedures and Costs », op. cit., pp. 371-383.

³⁹²⁶ « Une paix certaine est préférable à l'espoir d'une victoire » : R-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué : Du cautionnement et des transactions*, t. 17, Paris, Ed. Charles Hingray, 1846, p. 548.

Ce n'est pas dire que l'on interdit aux victimes d'activités à risque d'y recourir : la transaction n'étant là que le signe de la disponibilité de leur droit. Simplement, nous pensons que la transaction ne doit pas être un mécanisme à encourager dans ce domaine, et ce pour deux raisons. D'une part, quand bien même elle impliquerait le présumé responsable au titre de la règle de responsabilité et serait accompagnée de certaines garanties propres à protéger les victimes³⁹²⁷, la transaction ne constitue qu'un mécanisme autorisant une indemnisation et non une réparation. En privant les victimes d'une reconnaissance de la responsabilité par le tiers impartial et légitime que constitue le juge³⁹²⁸ et soumise aux effets pervers de la confidentialité³⁹²⁹, elle dépouille la responsabilité d'une partie de sa dimension réparatrice et préventive. D'autre part, si la transaction a aujourd'hui trouvé un terrain d'élection dans le droit de la responsabilité civile et que d'aucuns ont défendu son intérêt dans le cadre des activités à risque, c'est aussi un signe que le procès civil ne permet plus de satisfaire les attentes des victimes et qu'il s'avère *a priori* inadapté à recevoir ce contentieux marquant par ses particularités qualitatives et quantitatives.

Or, l'efficacité d'un traitement dépend du fait que l'on s'attaque aux symptômes ou à la source du mal. Pour cela, c'est par le seul prisme de l'action judiciaire, qui constitue encore la « dimension la plus concrète de l'accès au droit »³⁹³⁰, que seront ici envisagées les possibilités d'un renforcement de la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant d'une activité à risque. Mais parce que notre propos ne prétend pas à l'appréhension exhaustive du procès en responsabilité civile, nous le limiterons à quelques questions choisies dont l'étude sera justifiée par l'influence directe que les activités à risques, telles que les activités de fusion nucléaires, peuvent avoir sur l'effectivité de la règle de responsabilité. La réalisation du risque nucléaire de fusion, et par-dessus lui, du risque technologique influe sur une série de facteurs affectant la mise en œuvre de la responsabilité. Ce sont donc ces derniers qui guideront la structure du présent *Chapitre*.

877. Plan. Il s'agit ainsi d'envisager les problématiques susceptibles d'émerger en raison de certaines caractéristiques qualitatives du fait de l'activité à risque (*Section 1*) et celles susceptibles d'émerger en raison de ses caractéristiques quantitatives, c'est-à-dire eu égard au nombre d'individus impliqués, qu'ils soient acteurs dans la réalisation du risque ou victimes de cette dernière (*Section 2*).

SECTION 1. LES FACTEURS QUALITATIFS AFFECTANT LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ

878. Des facteurs relatifs au fait générateur et aux dommages. L'étude du régime de responsabilité civile nucléaire témoigne de l'importance que peuvent revêtir les caractéristiques qualitatives du fait d'une activité à risque à l'endroit de la mise en œuvre de la responsabilité de son exploitant. Ainsi, que le risque anormal caractérisant l'activité tienne sa singularité principale de l'impossibilité d'en

³⁹²⁷ Voy. en ce sens les propositions de A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 385 et ss et de L. MAZEAU, *La responsabilité civile [...]*, *op. cit.*, pp. 457 et ss.

³⁹²⁸ La transaction implique en effet une renonciation au droit d'action : voy. *Code civil*, art. 2048.

³⁹²⁹ La transaction est soumise à une obligation de confidentialité qui peut nuire à l'effectivité des fonctions préventives et curatives de la responsabilité : voy. sur ce point déjà évoqué *supra* § 573, et pour nuance L. CADIET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, *op. cit.*, p. 142.

³⁹³⁰ L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse » in *Écrits en hommage à Gérard CORNU, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Paris, PUF, 1994, p. 29.

conjurer totalement la réalisation et que cela justifie que soit envisagée la consécration d'une responsabilité *même sans faute*, n'empêche pas que les caractéristiques intrinsèques à la réalisation de ce risque ou celles des dommages qu'elle occasionne peuvent également justifier certains aménagements eu égard à la mise en œuvre de la responsabilité. L'intensité éventuelle de la réalisation du risque, l'ésothérisme ou le caractère anonyme des circonstances de sa survenance, ou encore le caractère potentiellement diffus des dommages causés sont en effet autant de facteurs qui sont susceptibles de complexifier l'action et le traitement à accorder aux victimes d'activités à risque, telles que les activités de fusion nucléaire.

879. Plan. Pour cela, il s'agit d'envisager la mesure dans laquelle le droit procédural de la responsabilité civile peut se trouver mis en difficulté par les spécificités relatives au cadre spatio-temporel de la survenance des dommages causés (§ 1.) ou être capable de satisfaire aux attentes de victimes devant gérer la complexité scientifique des circonstances de la survenance de leur dommage (§ 2.).

§ 1. L'influence du cadre spatio-temporel sur la réception de dommages diffus

880. Plan. L'une des particularités des activités à risque, à l'instar des installations de fusion, est cette capacité à causer des dommages diffus dans le temps (A.) comme dans l'espace (B.) susceptibles d'influer sur la capacité des règles de responsabilité civile à en organiser la réparation.

A. L'influence du facteur temps

881. L'influence du facteur temps sur la mise en œuvre de la responsabilité. Si l'écoulement du temps influe sur la mise en œuvre de toute règle, les conditions d'extinction de la responsabilité constituent un élément particulièrement problématique dans le cadre de dommages causés par une activité à risque. Le droit est en effet toujours conditionné à une notion de temps et de délai, et l'importance de l'écoulement du temps sur la réparation des dommages résultant d'activités à risque a été démontrée lors de l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire³⁹³¹. En effet, si ce problème surgit à l'endroit des dommages causés par la radioactivité compte tenu du caractère insidieux de cette dernière, il subsiste aussi à l'endroit de la règle de responsabilité que l'on veut applicable aux activités nucléaires de fusion. Surtout, il ne leur est pas exclusif. D'une part, la capacité de provoquer des dommages à retardement n'est pas l'apanage de la radioactivité. D'autres substances, le fonctionnement de certaines choses ou activités sont (ou seront) susceptibles d'être utilisés, si bien que la réalisation du risque peut présenter cette particularité d'affecter les biens, les personnes ou l'environnement à moyen ou à long terme. D'autre part, s'il y a des réalisations de risques qui entraînent des dommages dont la réalisation, la survenance ou la manifestation objective est

³⁹³¹ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1, B.

tardive³⁹³², il y en a d'autres qui entraînent des dommages dont la connaissance subjective survient tardivement³⁹³³. Alors que pour résoudre pareille difficulté, les rédacteurs des conventions sur la responsabilité civile nucléaire ont instauré des délais spécifiques visant à régir tant la prescription extinctive *stricto sensu* qu'à limiter *ratione temporis* une responsabilité *éventuelle* de l'exploitant nucléaire³⁹³⁴, il convient d'envisager les modalités suivant lesquelles la responsabilité de l'exploitant d'activité à risque peut s'éteindre suivant les règles de droit commun. Si la question de la prescription de l'action et/ou de l'extinction de la responsabilité constitue le support principal d'influence du facteur temps, elle ne lui est pas exclusive. En effet, une fois admis que certains dommages se réalisent ou se manifestent tardivement, c'est la compréhension de la règle en elle-même que l'écoulement du temps peut affecter.

882. Plan. Si l'écoulement du temps interroge sur les modalités de prescription de l'action des victimes et l'extinction de la responsabilité de l'exploitant (1.), il n'interdit pas d'envisager l'hypothèse dans laquelle l'application ou l'interprétation de la règle de responsabilité évoluerait sous l'influence du juge (2.).

1. L'influence du facteur temps sur l'extinction de la responsabilité

883. Une double cause d'extinction de la responsabilité de l'exploitant. Contrairement au régime de responsabilité civile nucléaire, conçu pour organiser la réparation de dommages dont la manifestation ou la survenance seraient tardives, et hormis le jeu de la prescription extinctive visant à sanctionner l'inertie du titulaire d'un droit à réparation à le faire valoir, le droit français ne prévoyait aucune limite temporelle objective à la responsabilité (éventuelle). Néanmoins, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription est venue, sous l'influence du droit de l'Union européenne, apporter quelques modifications sur ce point. Elle ajoute notamment un délai butoir qui rappelle vaguement la limitation *ratione temporis* du régime de responsabilité civile nucléaire³⁹³⁵. C'est à l'aune de cet ajout qu'il convient de mesurer l'adaptabilité de ce droit commun régissant l'extinction, à tout le moins « judiciaire »³⁹³⁶, de la responsabilité au cas des activités à risque, comme les activités de fusion. Cela étant, si le contentieux en responsabilité des activités à risque questionne principalement

³⁹³² Indépendamment de la distinction qui existe entre la manifestation objective du dommage et celle de sa prise de connaissance subjective par la victime, la question de l'identification du moment de la survenance ou de la réalisation du dommage est d'une compréhension délicate. Ainsi, pour Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., p. 506, trop d'analyses « confondent à tort réalisation et manifestation du dommage : dans la contamination par le virus du sida ou de l'hépatite C, dans l'exposition à l'amiante ou à des radiations ionisantes, dans l'ingestion d'un médicament comme le DES, les effets dommageables peuvent n'apparaître que des années, voire des décennies après la réalisation d'un dommage encore caché, pourtant irrémédiable ». C'est une analyse qu'il nous sera autorisé, peut être « à tort », de relativiser *infra*.

³⁹³³ Tel pourrait être le cas lorsque la réalisation du risque porte matériellement atteinte à l'intégrité d'un sol ou d'un bien, mais dont on ne réalise que trop tard l'existence tel qu'en témoignent les activités minières. Il arrive en effet que lors de l'acquisition d'un terrain, il peut être révélé une pollution ancienne résultant de l'exploitation d'une mine et obligeant à dépolluer des sols, comme en témoigne un arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai de 2008 où la pollution était apparue 30 ans après l'arrêt de l'exploitation de la mine. Dans ce cas-là, le dommage existait bien, mais sa date de manifestation subjective est tardive : voy. notamment T. LEULEU, « Les dommages miniers : démêler l'écheveau », note sous CAA Douai, 28 mai 2008, n° 13DA00381, *AJDA*, 2015, pp. 55 et ss.

³⁹³⁴ Nous avons évoqué une responsabilité éventuelle dès lors que limitée à partir du fait générateur et non à partir de la survenance du dommage, elle est donc limitée avant que puissent naître des dettes éventuelles de responsabilités *stricto sensu*.

³⁹³⁵ Voy. P. MALAURIE, « La réforme de la prescription civile », *JCP G* 2009, I, doct. 134 ; A-M. LEROYER, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 », *RTD civ.*, 2008, pp. 563 et ss ; C. BRENNER, « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC*, 2008, pp. 1432 et ss.

³⁹³⁶ Voy. sur cette influence de non-exercice du droit d'action sur l'extinction à tout le moins « judiciaire » de la responsabilité : G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p. 833

le droit d'action des victimes de dommages tardifs, une autre problématique à envisager concerne l'hypothèse d'une réalisation tardive, non plus du dommage, mais du risque en lui-même. Énigmatique, mais non sans exemples, cette hypothèse interroge sur l'extinction, pour ainsi dire, substantielle de la responsabilité de l'exploitant.

884. Plan. Alors que l'hypothèse de la survenance ou de la manifestation tardive de certains dommages permet de mesurer l'aptitude du droit de la prescription à autoriser la réparation des dommages causés par une activité à risque (a.), l'hypothèse d'une réalisation tardive du risque vise, quant à elle, à s'enquérir des limites *ratione temporis* substantielle de la responsabilité (b.).

a. *L'extinction judiciaire de la responsabilité*

885. Plan. L'extinction judiciaire de la responsabilité peut être le jeu des délais de prescription (i.) comme du délai butoir évoqué ci-devant (ii.) dont il convient de mesurer l'adaptabilité au cas des dommages causés par la réalisation du risque anormal, tel le risque nucléaire de fusion.

i. *L'adaptabilité des délais de prescription*

886. Les délais de prescription extinctifs de droit commun. Concernant, en premier lieu, les règles relatives à la prescription extinctive *stricto sensu*, la réforme de 2008 est venue y apporter quelques modifications. En effet, alors que sous l'empire de l'ancien article 2270-1 du Code civil, le délai de prescription décennal courait à compter de la « manifestation du dommage ou de son aggravation » sans qu'il soit précisé si cela devait être une manifestation cognitive ou subjective³⁹³⁷, l'article 2224 prévoit désormais que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». La formule relative aux « faits » qui permettent d'exercer un droit apparaît peu claire. Assurément, elle ne peut autoriser à fixer le point de départ du délai au jour de la survenance du fait générateur. Parce que la prescription ne peut commencer à courir avant la naissance du droit en cause, il faut en toute hypothèse que le dernier élément chronologique de la chaîne de causalité, permettant la naissance du droit à réparation, soit la survenance du dommage. Sur ce point, l'article 2224 tend à maintenir explicitement l'interprétation jurisprudentielle de l'ancien article 2270-1 en vertu de laquelle le délai de prescription ne court qu'à partir de la manifestation subjective du dommage, c'est-à-dire à la date de sa révélation à la victime³⁹³⁸. Ainsi, la nouvelle formulation permet simplement d'insister sur

³⁹³⁷ Des auteurs semblent admettre que la manifestation du dommage est nécessairement subjective (voy. pour exemple B. DUBUISSON, « Les dommages en série – responsabilité, assurance et indemnisation », *RGAR*, 2015, vol. 88, 15182, n°13). Cette acceptation est loin d'être évidente. Si l'on reprend l'exemple d'une exposition à une substance dangereuse, et le raisonnement de Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Laurent LEVENEUR cité *supra* note 3932, le dommage survient lors de l'exposition à la substance. Il en résulte que le dommage se manifeste lors de la survenance de la maladie. Or la victime peut ignorer sa maladie : la manifestation est ainsi cognitive mais pas nécessairement subjective. Il y a donc trois temps du dommage : la survenance, la manifestation objective et la manifestation subjective.

³⁹³⁸ Prenant en considération le fait que la victime ait pu ignorer le dommage, la jurisprudence avait en effet déjà décalé ce point de départ à la date à laquelle il était révélé à la victime, à condition que celle-ci établisse qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance : voy. Cass. soc., 18 décembre 1991, n°88-45.083, *Bull. civ. V*, n°598, p. 372 ; Cass. civ. 2, 13 mars 2008, n°07-12.962 ; Cass. civ. 1, 11 mars 2010, n°09-12.710, *Bull. civ. I*, n° 62 ou encore Cass. civ. 2, 13 septembre 2012, n°11-19.43 : « [l']accident de la circulation au cours duquel du tétrachlorure de carbone fut répandu sur la chaussée, avait simplement entraîné un risque de pollution des eaux souterraines, et ne pouvait constituer le point de départ du délai de prescription, lequel devait être situé, une vingtaine d'années plus tard, au jour du forage ayant effectivement révélé la pollution ».

l'appréciation subjective de ce point de départ, en affichant explicitement le respect de l'adage *contra non valentem* selon lequel la prescription ne court pas contre celui qui n'est pas à même d'agir³⁹³⁹ ; cela même si l'appréciation « glissante »³⁹⁴⁰ de cette connaissance effective, et à laquelle on peut opposer « l'ignorance blâmable »³⁹⁴¹, suscite la crainte d'une insécurité juridique³⁹⁴².

Le fait que l'on considère que le délai ne court pas avant que le dommage ne survienne, et surtout pas avant que la victime en ait effectivement connaissance, n'informe cependant pas sur l'exigence de connaissance des autres conditions de la responsabilité. L'article 2224, en visant *la connaissance des faits permettant d'exercer un droit*, semble viser l'ensemble des faits donnant naissance au droit à réparation que la victime doit être en mesure de connaître pour que la prescription commence à courir. Il en résulterait que la victime ayant connaissance de son dommage ne pourrait se voir opposer le commencement du délai si elle n'a pas connaissance du fait générateur ou de l'identité du responsable³⁹⁴³, ou qu'elle n'est pas en mesure d'en rapporter la preuve³⁹⁴⁴. La seule cognition des faits pertinents ne serait ainsi pas suffisante : la formule se préoccuperait « plus généralement, de l'appréhension des éléments permettant d'agir »³⁹⁴⁵. Par comparaison, une telle compréhension ne serait pas celle de la prescription du préjudice écologique qui se prescrit « par dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître *la manifestation du préjudice écologique* »³⁹⁴⁶. Nulle référence n'est ici faite à la connaissance globale des faits permettant d'exercer l'action, ce qui limite l'exercice de ce droit à réparation³⁹⁴⁷. Notons cependant que cette prescription est circonscrite au préjudice écologique *pur*. Les dommages résultant d'une atteinte à l'environnement restent par principe soumis aux dispositions des articles 2224 ou 2226 du Code civil. Non encore étudié, ce dernier article prévoit l'exception applicable aux dommages corporels suivant le régime qui avait été dégagé par la jurisprudence. En disposant que

« [l']action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé »,

l'article 2226 du Code civil est en effet venu consacrer la position du juge, qui dans l'intérêt des victimes, adopte une interprétation large de la notion d'aggravation³⁹⁴⁸. En cas de dommage corporel,

³⁹³⁹ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1, B.

³⁹⁴⁰ S. AMRANI-MEKKI, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP* 2008, I, p. 160 ; P. MALAURIE, « La réforme de la prescription civile », *op. cit.*, sp. n°5.

³⁹⁴¹ A. HONTEBEYRIE, « Prescription extinctive », *Répertoire Dalloz droit civil*, 2020, § 252.

³⁹⁴² Voy. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 2254 ; P. MALAURIE, « La réforme de la prescription civile », *op. cit.*, sp. n°11 ; A. HONTEBEYRIE, « Prescription extinctive », *op. cit.*, §§ 242 et ss.

³⁹⁴³ Voy. S. FOURNIER, « Régime de la réparation. Action réparation. Prescription », *JCL Notarial*, fasc. 222, 2021, n°81 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 816-817 et M. MIGNOT, « Prescription extinctive », *JCL Notarial*, fasc. 12, 2021, n°61 relevant que la solution jurisprudentielle visant à retenir le point de départ à compter de la révélation du dommage « n'est pas évidente en raison du lien existant entre les trois conditions ». L'auteur critique ainsi un arrêt (Cass. civ. 1., 3 avril 2007, n° 05-10.515) dans lequel le juge avait pris le décès d'une femme comme point de départ de la prescription à l'action de ses ayants droits, et ce indépendamment du fait que les fautes médicales en étant la cause n'étaient pas connues à ce moment-là. On relèvera toutefois que l'affaire avait été jugée sous l'égide de l'article 2270-1 qui posait expressément la manifestation du dommage comme point de départ.

³⁹⁴⁴ Voy. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 819 ; A. HONTEBEYRIE, « Prescription extinctive », *op. cit.*, § 246.

³⁹⁴⁵ A. HONTEBEYRIE, « Prescription extinctive », *op. cit.*, § 246.

³⁹⁴⁶ *Code civil*, art. 2226-1.

³⁹⁴⁷ Cela peut être tempéré par le fait que le préjudice écologique n'est pas soumis au délai butoir qui sera étudié ci-après.

³⁹⁴⁸ Voy. pour exemple Cass. civ. 2, 4 mai 2000, *Bull. civ. II*, n°75 ; Cass. civ. 2, 11 juillet 2002, *Bull. civ. II*, n°177.

le délai ne court donc qu'à compter du jour de la consolidation ou de l'aggravation de l'état de la victime.

887. Des délais de prescription adaptés. Au terme de cette présentation, il apparaît que les délais de prescription actuels applicables sont plutôt favorables aux victimes de dommages résultant de l'exploitation d'une activité à risque. En insistant sur l'appréciation subjective du point de départ, ces dispositions constituent un atout certain là où l'incertitude scientifique nuit à la certitude juridique, là où la survenance des dommages, leur manifestation, ainsi que leur prise de connaissance effective nécessitent un certain temps. Cette appréciation autorise donc une certaine souplesse³⁹⁴⁹. Plus encore, si cette appréciation subjective peut s'étendre à l'ensemble *des faits permettant d'exercer l'action*, elle présente un bénéfice certain quand l'établissement des preuves d'une responsabilité ou l'identification du responsable apparaissent ardues dans le domaine des activités à risque, en dépit de la présomption apportée concernant le second point³⁹⁵⁰. Si l'on ne retrouve pas cette idée pour ce qui concerne le préjudice écologique pur, le délai paraît néanmoins suffisamment long pour que ces difficultés puissent se résorber. C'est d'ailleurs à cet endroit que l'exception pour les dommages corporels apparaît enfin bénéfique. En effet, l'appréhension de la prescription par la consolidation présente un avantage non négligeable. D'une part, la consolidation correspond « à la fin de la maladie traumatique, c'est-à-dire à la date, fixée par l'expert médical, de stabilisation des conséquences des lésions organiques et physiologiques »³⁹⁵¹, c'est-à-dire au « moment où l'état de la victime ne doit en principe plus évoluer »³⁹⁵². Ainsi, les maladies les plus insidieuses et les plus graves susceptibles d'être occasionnées par le risque anormal, tel le risque radioactif, pourront échapper à toute consolidation. Elles sont susceptibles d'évoluer jusqu'au décès car on ne peut « consolider l'inconsolidable »³⁹⁵³, et ce bien qu'il soit opportun de le faire³⁹⁵⁴. D'autre part, la consolidation ne peut résulter que d'un constat médical. Cela pare donc à toute difficulté concernant la possibilité que la victime n'a pas eu connaissance dans les temps de son dommage, fut-il immédiat, mais anonyme, comme cela peut être le cas de ceux résultant d'un risque qui affecte la fertilité³⁹⁵⁵. En toute hypothèse, une solution inverse aurait été contraire à la règle *contra non valentem* telle que protégée par le juge européen des droits de

³⁹⁴⁹ En témoigne d'ailleurs la solution trouvée dans l'arrêt Cass. civ. 2, 13 septembre 2012, n°11-19.43, *op. cit.*

³⁹⁵⁰ Dans ce domaine, au-delà de la facilitation apportée par la règle de responsabilité *stricto sensu* à l'identification du fait générateur, il peut encore passer inaperçu dans un premier temps. L'identité de l'exploitant *ratione materiae* peut également poser difficulté, comme nous l'avons soulevé *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2. Elle justifie ainsi une présomption qui sera envisagée *infra* Section 2, § 1, B.

³⁹⁵¹ J.-P. DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, juillet 2005, p. 29 rajoutant qu'il s'agit du « moment où les lésions se sont fixées et ont pris un caractère permanent, tel qu'un traitement n'est plus nécessaire si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il devient possible d'apprécier l'existence éventuelle d'une atteinte permanente à l'intégrité physique et psychique »

³⁹⁵² P. JOURDAIN, « La prescription », *RTD Civ.*, 2000, p. 851, et plus généralement Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, op. cit.*, pp 109 et ss.

³⁹⁵³ B. NICOURT, « La consolidation, l'aggravation », *Revue Méd. et Dr.*, 1995, n° 12, p. 7.

³⁹⁵⁴ L'inconsolidable peut en effet rendre impossible la réparation du dommage subi par la victime directe. La difficulté consiste donc à trouver « un équilibre entre la consolidation prématurée qui ne témoignerait pas de manière réaliste des conséquences d'un dommage et une consolidation tardive qui ne permettrait pas à la victime d'obtenir une liquidation de l'indemnisation de ses préjudices » : voy. A. MURE, *L'évolution du préjudice de la victime en droit de la responsabilité civile*, thèse, Université de Grenoble Alpes, 2009, p. 218.

³⁹⁵⁵ On pense notamment au cas dans lequel une émission de radioactivité (ou quelque substance qui pourrait avoir le même effet) aurait pour conséquence de rendre un individu stérile : le dommage pourrait être immédiatement (ou presque) subi et « consolidé ». Pour autant, il se pourrait que le dommage ne soit révélé subjectivement que bien plus tard. Or, ce type d'hypothèse a déjà fait l'objet d'une appréciation par le juge dans le cadre du contentieux relatif au Distilbène, considérant ainsi que seul le constat médical d'une infertilité définitive pouvait constituer la consolidation du dommage : voy. Cass. civ. 1, 17 janvier 2018, n°14-13351, *Bull. civ. I*, n°9 et C. LEQUILLERIER, « Responsabilité et indemnisation. Prescription et consolidation du dommage », *JDSAM*, 2018, pp. 55 et ss.

l'homme en ce qui concerne les dommages corporels causés par l'exposition à des substances dangereuses³⁹⁵⁶. C'est en effet dans ce contexte, et plus précisément celui du risque amiante, que la Cour européenne des droits de l'homme a condamné le délai de prescription suisse valant « dès exigibilité de la créance indépendamment de la connaissance par le créancier des conséquences du dommage », en relevant que

« la période de latence des maladies liées à l'exposition à l'amiante peut s'étendre sur plusieurs décennies, elle observe que le délai absolu de dix ans — qui selon la législation en vigueur et la jurisprudence du Tribunal fédéral commence à courir à la date à laquelle l'intéressé a été exposé à la poussière d'amiante — sera toujours expiré. Par conséquent, toute action en dommages-intérêts sera *a priori* vouée à l'échec, étant périmée ou prescrite avant même que les victimes de l'amiante aient pu avoir objectivement connaissance de leurs droits »³⁹⁵⁷.

Pour cela, il s'agit d'envisager la manière dont le droit français a organisé le délai butoir mis en place par la réforme de 2008, et de l'apprécier eu égard cette difficulté à déterminer quand se situe exactement « l'exigibilité de la créance » entre le moment de survenance du dommage, de manifestation objective ou de manifestation subjective³⁹⁵⁸.

ii. L'incertitude du délai butoir

888. L'institution d'un délai butoir. Jusqu'à la réforme de 2008, aucune disposition générale n'instituait un délai privant le demandeur de son droit d'agir. Seulement quelques dispositions spéciales prévoyaient un double délai de prescription ressemblant à la limitation *ratione temporis* du régime de responsabilité civile nucléaire³⁹⁵⁹. Depuis la réforme de 2008, l'article 2232 du Code civil dispose que

« [l]e report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de reporter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit ».

À la différence de la prescription extinctive de droit commun, le point de départ de ce délai ne tient donc pas compte de la connaissance que la victime pouvait ou aurait dû avoir du dommage. Il a un point de départ objectif « obligeant légalement » la victime d'un dommage à réagir dans les vingt années qui suivent la « naissance de son droit »³⁹⁶⁰. Ce délai est imaginé comme une contrepartie du délai glissant de la prescription et se justifie par la « nécessité d'assurer un équilibre entre les droits de chacun, car la prescription est aussi un facteur de paix sociale »³⁹⁶¹. Il doit permettre « d'assurer une certaine sécurité au débiteur ou plus généralement à toute personne exposée à une action en justice

³⁹⁵⁶ C'est par le prisme du droit à l'accès au juge que la Cour européenne des droits de l'homme protège ici le respect de l'adage : voy. CEDH, *Howald Moor et a. c. Suisse*, 11 juin 2014, req. n°52067/10 et n°41072/11, § 78 dans lequel la Cour, eu égard aux victimes de l'amiante « estime que, lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance doit être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription ». Voy. également CEDH, *Stagno c. Belgique*, 7 juillet 2009, req. n°1062/07, § 33 ; CEDH, *Eşim c. Turquie*, 17 septembre 2013, req. n°59601/09, § 25.

³⁹⁵⁷ *Ibid.*, § 74.

³⁹⁵⁸ Voy. *supra* note 3937

³⁹⁵⁹ Voy. Code civil, art. 1245-15 concernant, pour exemple, les produits défectueux.

³⁹⁶⁰ Sur l'idée d'une obligation légale d'exercer son droit subjectif voy. M. BANDRAC, « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *RDC*, 2008, p. 1413, sp. n° 27.

³⁹⁶¹ E. BLESSIG, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 433), adoptée par le Sénat, portant réforme de la prescription en matière civile*, n°847, AN, p. 44, et p. 16.

en lui garantissant qu'elle ne pourra plus être inquiétée, quelles que soient les circonstances, à partir d'une date qu'elle peut déterminer à l'avance »³⁹⁶². Il est toutefois ardu de déterminer le moment où naît effectivement le droit d'action de la victime. Certes, on peut s'accorder de nouveau sur le fait que celui-ci ne naît en principe qu'à la réalisation du dommage, parce qu'il est le dernier élément chronologique permettant de faire naître la créance substantielle de réparation³⁹⁶³. En revanche, on émet des doutes sur le fait « qu'il devrait être très rare que le délai butoir expire avant que la prescription n'ait commencé à courir »³⁹⁶⁴. Le doute sur la conventionnalité³⁹⁶⁵ et la constitutionnalité³⁹⁶⁶ de ce délai, qui peut autoriser une créance à s'éteindre « alors que le créancier n'a aucune connaissance du fait ou de l'acte qui fondent sa créance »³⁹⁶⁷, n'épargne pas la responsabilité civile. Il pose difficulté dans le cadre des activités à risque ; et ce quand bien même ce délai butoir n'est pas applicable aux dommages corporels et au préjudice écologique pur³⁹⁶⁸.

889. La compréhension du délai butoir. Indépendamment du fait que l'on puisse prendre tardivement connaissance des dommages subis, un doute subsiste sur le moment où le dommage est exactement réalisé. Cela a d'ailleurs été insidieusement relevé à l'endroit du régime de responsabilité civile nucléaire, bien que le départ de la limitation *ratione temporis* de la responsabilité éventuelle de l'exploitant au fait générateur (l'accident nucléaire) en a éludé les difficultés³⁹⁶⁹. Surtout, c'est cette difficulté qui a justifié nos hésitations à évoquer la survenance ou la manifestation (fut-elle cognitive) du dommage. Lorsque les dommages sont le résultat de l'exposition à une substance ou un autre procédé insidieux, la détermination du moment de survenance du dommage apparaît bien délicate. À l'instar du droit suisse qui considère que le dommage des victimes de l'amiante est survenu « à la date à laquelle l'intéressé a été exposé à la poussière d'amiante »³⁹⁷⁰, d'aucuns ont pu soutenir que le dommage survient lors de l'exposition au facteur dangereux, telles que les radiations ionisantes³⁹⁷¹. Or, une telle analyse est biaisée, même si elle n'est pas dénuée de tout fondement, car elle dépend au

³⁹⁶² G. VINEY, « Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile », *RDC* 2009, p. 493 nuancé par M. MIGNOT, « Le délai butoir – Commentaire de l'article 2232 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 », *Gaz. Pal.*, n°57, p. 2, sp. § 28 souligne néanmoins « [qu']il n'est pas sûr que le but sera atteint car, si la consécration d'un délai butoir renforce incontestablement la sécurité du débiteur, la mise en œuvre de ce délai butoir risque d'être relativement complexe et donc d'aboutir à la création d'un contentieux ».

³⁹⁶³ G. VINEY, « Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile », *op. cit.*, p. 493 ; J.D. PELLETIER, « Retour sur le délai butoir de l'article 2232 du code civil », *D.*, 2018, p. 2148 ; B. FAUVARQUE-COSSON, J. FRANÇOIS, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.*, 2008, p. 2512, § 28.

³⁹⁶⁴ G. VINEY, « Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile », *op. cit.*, p. 493

³⁹⁶⁵ Si l'on a pu déjà faire référence à l'affaire *Howald Moor*, la conformité douteuse de la disposition avec l'article 6§1 de la ConvEDH a également été relevée par la doctrine : voy. A.-M. LEROYER, « Réforme de la prescription civile », *RTD civ.*, 2008, p. 569 ; P. BRUN, « Le délai butoir, *dies certus* ultime et la garantie des vices cachés », *D.*, 2020, p. 2154, note 6. Elle a également été relevée par la Cour de cassation, comme il le sera vu *infra*.

³⁹⁶⁶ Voy. Cour de cassation, « Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, § 96 : « le groupe est hostile au "délai butoir" de l'article 2278. Cette mesure méconnaît le principe suivant lequel la prescription ne peut être opposée à celui qui est dans l'impossibilité d'agir. Si le délai ordinaire court à compter du jour où le créancier est en mesure d'agir, le "délai butoir" est clairement appelé à jouer lorsque le créancier ne l'est pas. La mesure est donc d'une constitutionnalité douteuse (Conseil constitutionnel 13 décembre 1985, 85-198) ».

³⁹⁶⁷ M. MIGNOT, « Le délai butoir – Commentaire de l'article 2232 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 », *op. cit.*, sp. § 25

³⁹⁶⁸ Voy. *Code civil*, art. 2232, alinéa 2.

³⁹⁶⁹ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1, B.

³⁹⁷⁰ Voy. CEDH, *Howald Moor et a. c. Suisse*, *op. cit.*, § 74 ; *Code des obligations suisse*, art. 130 : « La prescription court dès que la créance est devenue exigible ».

³⁹⁷¹ Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 506 cité *supra* note 3932.

fond de la conception que l'on se fait du dommage et de sa distinction avec le préjudice. Pour ceux qui retiennent cette distinction, le dommage constitue en effet une notion factuelle. Il désigne

« l'atteinte au corps humain, à une chose, à un droit, à une activité ou à une situation. Le dommage constitue une notion première, factuelle et objective : première, en ce que le dommage renvoie à ce qu'on pourrait appeler l'atteinte primaire ; factuelle, en ce que la question de savoir s'il y a ou non dommage est de pur fait ; objective, en ce que le dommage désigne la dégradation objectivement perceptible du siège de l'atteinte, abstraction faite de la représentation personnelle que peut s'en faire la victime »³⁹⁷².

Autrement dit, le dommage est « une donnée de fait qui apparaît quand est comparée la situation de la victime avant et après le fait générateur de responsabilité »³⁹⁷³. Or, pour prendre tout de même l'exemple d'un dommage corporel résultant d'un risque radioactif³⁹⁷⁴, on ne peut nier que le corps humain est affecté et change entre le moment qui précède l'exposition à la radiation et le moment qui la suit, quand bien même les effets néfastes de cette exposition peuvent se manifester bien plus tard. Pour autant, est-il juste de considérer que le dommage est subi lors de l'exposition ? Nul ne sait quels effets qui résulteront de cette exposition à la radioactivité, et s'il y en aura. Il est donc excessivement déterministe de considérer que ces dommages sont déjà « irrémédiables »³⁹⁷⁵. Ne devrait-on pas plutôt considérer que le dommage est subi lorsque survient la maladie, laquelle constitue la réalisation du changement négatif d'état dans la sphère de la victime ? Plus généralement, à partir de quand peut-on considérer qu'il y a « une dégradation objectivement perceptible du siège de l'atteinte » ? La réponse est d'autant plus ardue que le juge considère que l'exposition à une substance dangereuse peut, en elle-même, constituer un préjudice réparable sans que ne se manifeste une quelconque dégradation de l'état de la victime. Pourtant, supposer que tout dommage est réalisé lors de l'exposition, indépendamment de la manifestation « concrète » et quoique cognitive de l'atteinte, revient à prendre en considération « la réalisation probable d'un dommage futur » et donc à avancer la date de survenance du dommage à une époque antérieure à sa réalisation³⁹⁷⁶. Des auteurs ayant défendu la thèse de la réalisation du dommage lors de l'exposition ont d'ailleurs considéré que lorsqu'un produit vicié est insusceptible de causer un dommage, la réalisation de ce dernier constitue « une condition suspensive pour une responsabilité alors que virtuelle »³⁹⁷⁷. Dès lors, nous ne voyons pas en quoi cela devrait varier pour ce qui concerne les altérations portées au corps humain dont il n'est pas certain qu'elles emporteront des conséquences dommageables.

³⁹⁷² F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », RCA, n°3, 2010, dossier 3, § 2 rappelant dans le même temps que « la notion de préjudice correspond, quant à elle, aux conséquences, aux répercussions concrètes du dommage sur la victime. En d'autres termes, le préjudice correspond à un tort, à un détriment, patrimonial ou extrapatrimonial, subi par la victime consécutivement au dommage. Cependant, tout détriment n'est pas un préjudice. Le préjudice est plus précisément un détriment que le droit accepte de réparer, c'est-à-dire un détriment certain subi par la victime personnellement, découlant directement du dommage, et dont l'objet n'est pas illicite ou immoral ». Voy. plus généralement sur cette distinction *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2, A.

³⁹⁷³ L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, *op. cit.*, p. 355.

³⁹⁷⁴ Le délai butoir ne lui étant pas applicable, l'exemple est à visée pédagogique.

³⁹⁷⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 506.

³⁹⁷⁶ Voy. Cour de Cassation, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel de 2014*, Paris, La Documentation française, 2015, p. 262.

³⁹⁷⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 506 considérant ainsi que des tuiles gélives (ainsi viciées) qui seraient, par exemple, utilisées que dans un pays équatorial ne feraient naître aucune responsabilité.

Cette question trouve une portée pratique très limitée concernant les dommages corporels. Comme nous l'avons évoqué, le délai butoir les exclut de son application et l'article 2226 du Code civil permet d'éviter cette difficulté en visant le dommage consolidé³⁹⁷⁸. Mais avec l'exemple des produits viciés, nous venons de montrer que la question se pose également dans le cadre des dommages qui seraient visés par le délai butoir, c'est-à-dire principalement, mais non exclusivement, les dommages matériels. Imaginons qu'un bien soit altéré par suite de la réalisation du risque. Cette altération constituerait un dommage matériel dans le sens qu'il serait porté atteinte à l'intégrité du bien. Pourtant, il pourrait ne jamais se matérialiser d'effets négatifs de cette altération. Pour reprendre l'exemple des auteurs sus-évoqués³⁹⁷⁹, tel pourrait être le cas d'une contamination altérant des habitations d'une manière qui conduirait, à moyen-long terme, à rendre gélives les tuiles de ces habitations. Imaginons, ensuite, que ces habitations soient situées dans un pays équatorial où il ne gèle quasiment jamais. Devrait-on considérer que le dommage survient lors de l'exposition des habitations à la substance qui les a altérées, et ce même s'il n'en a résulté aucune dégradation immédiate et objectivement perceptible pouvant faire naître un droit à réparation³⁹⁸⁰ ? Devrait-on considérer que le dommage survient lorsque les tuiles sont rendues gélives alors que potentiellement cela n'emporterait aucun effet négatif, si bien qu'il n'y aurait rien à réparer ? Ou devrait-on considérer que le dommage survient lorsque le caractère gélif des tuiles, qui résulte à long terme de l'altération provoquée par l'exposition à une substance, commence à produire des effets négatifs pour les victimes, en eussent-elle ou non connaissance ? Dans cette dernière hypothèse, la frontière serait excessivement ténue avec celle du début de la prescription extinctive. Davantage, une juste appréciation du dommage doit conduire à considérer qu'il survient lorsque les tuiles deviennent gélives : tel est le moment où se manifeste objectivement une dégradation du siège de l'atteinte. Mais, en toute hypothèse, ce moment n'est pas celui de l'exposition à la substance et il peut être délicat à situer dans le temps. En outre, ce moment ne serait potentiellement pas susceptible de faire naître une créance de réparation, il n'en résulterait aucune conséquence négative.

Le problème peut également se rencontrer en matière de pollution des sols, qu'on a observé à l'endroit du régime minier³⁹⁸¹. Imaginons qu'un sol soit pollué par suite de la réalisation d'un risque nucléaire de fusion lié à une échappée de substances radioactives ou toxiques. Sans doute, cette pollution constituerait « une dégradation objective » de ce dernier. Sans préjudice de la demi-vie du tritium, imaginons qu'un individu acquiert tout de même ce sol près de vingt ans plus tard pour y bâtir sa maison, et que la pollution étant révélée, elle l'empêche de mener à bien ce projet ou l'oblige à prendre des mesures de dépollution coûteuses. Doit-on considérer que le dommage matériel survient au moment où le sol est pollué et altéré, ou au moment où cette pollution a matérialisé objectivement un changement négatif à l'égard de la victime, c'est-à-dire lorsqu'elle a acquis le terrain ? Dans cette

³⁹⁷⁸ On ne manquera pas de souligner d'ailleurs la référence à la distinction dommage-préjudice qui y est opérée : *Code civil*, art. 2226 : « L'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé ».

³⁹⁷⁹ Voy. *supra* note 3977.

³⁹⁸⁰ Lequel constitue, rappelons-le, le point de départ du délai butoir.

³⁹⁸¹ Voy. *supra* note 3933.

hypothèse, peut-on considérer qu'un autre dommage se serait réalisé au moment de l'acquisition du terrain et dont le siège de l'atteinte serait la « chose » telle qu'elle est devenue propriété de la victime au moment où elle l'a acquise, ou encore « son droit » de jouir de sa propriété, voire de sa « situation »³⁹⁸² ? Dans le cas contraire, quelle aurait été sa créance de réparation avant qu'elle ne devienne propriétaire du terrain ? Nous serions d'avis que le dommage se matérialise au moment où la victime acquiert le sol. C'est à ce moment qu'elle s'appauvrit définitivement, et ce quand bien même cela ne se manifeste que plus tard, au moment de la révélation. Derechef, pourtant, la détermination du commencement du délai butoir reste ardue.

Ces exemples montrent que la prise en considération de la situation de la victime, la constatation de « dommages en cascade »³⁹⁸³ ou la dissociation des sièges de l'atteinte³⁹⁸⁴ peuvent judicieusement permettre de résoudre les difficultés suscitées par le point de départ de ce délai butoir³⁹⁸⁵. De même, la distinction entre « l'atteinte » et la « lésion » peut aider l'identification temporelle de la survenance³⁹⁸⁶ ; cela bien qu'elle ait pu être qualifiée « d'exagérément subtile »³⁹⁸⁷. Pareillement, le juge peut être invité à s'inspirer de la notion de « fait dommageable » comme interface temporelle entre le fait générateur et la survenance du dommage telle qu'elle existe en droit des assurances³⁹⁸⁸ et à l'égard de laquelle il s'avère réfractaire³⁹⁸⁹. Surtout, c'est là que l'on peut aisément exploiter la distinction entre dommage et préjudice. Certes, la distinction entre la réalisation du dommage et sa manifestation ne se confond pas avec celle entre le dommage et le préjudice, compris comme les conséquences du dommage ressenties par la victime. Si la manifestation du dommage suppose un ressenti de la victime, celui-ci porte sur l'atteinte elle-même, et non sur ses effets³⁹⁹⁰. Néanmoins, en considérant que le préjudice constitue l'élément final de la chaîne de responsabilité, c'est lui qui résulte du dommage et ouvre véritablement la créance de réparation. De cette considération, il résulte que le délai butoir commence à courir sans équivoque au moment où la victime souffre objectivement et effectivement des répercussions de cette altération portée à son bien et qui l'autorise à en demander réparation – et cela qu'elle en ait subjectivement connaissance ou non. Autrement dit, le droit à réparation naît au

³⁹⁸² F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *op. cit.*, § 2 : « le dommage désigne l'atteinte au corps humain, à une chose, à un droit, à une activité ou à une situation ». Nous soulignons. Voy. également F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », *JCP G*, 1957, I, 1357 pour qui le dommage est « un fait : comme toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité ou d'une situation ». Nous soulignons.

³⁹⁸³ On connaît cette idée de dommage en cascade dans l'hypothèse dans laquelle une victime subit des dommages consécutifs. Par exemple, elle subit un dommage obligeant à la conduire à l'hôpital où elle subit un second dommage en raison d'une intervention chirurgicale (perte d'un œil, contamination par le virus du sida etc.). La situation est donc un peu différente, car les dommages sont imputables à différents auteurs : voy. sur cette notion et la jurisprudence en ce sens P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, pp. 178 et ss. Néanmoins, la notion de dommage en cascade peut également viser le cas d'une chaîne de causalité complexe, telle que cela est le cas en matière de changement climatique, et dont on pourrait retrouver un semblant en matière de pollution : voy. M. BACACHE, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *Energie, environnement, infrastructure*, n°8-9, août 2018, dossier 30.

³⁹⁸⁴ En matière de dommage corporel, on pourrait également envisager cette possibilité qu'il y a différents sièges d'atteinte du dommage. Ainsi, l'exposition à une substance entraînant un préjudice d'anxiété serait une atteinte portée « à l'esprit », et survivrait tant que ne se matérialise par le dommage corporel, constituant l'atteinte « au corps ».

³⁹⁸⁵ Certains dommages survenant subséquentement à d'autres et certains dommages existant dans l'attente de la survenance d'un autre.

³⁹⁸⁶ Voy. A.-S. DUPONT, *Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel*, Genève, Schulthess, 2005, p. 5

³⁹⁸⁷ F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *op. cit.*, note 3 considérant cette dichotomie « exagérément subtile ».

³⁹⁸⁸ Voy. B. DUBUISSON, « Les dommages en série – responsabilité, assurance et indemnisation », *op. cit.*, §§ 11-12 *contra* Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 506 qui, en suivant la jurisprudence, assimile le fait générateur au fait dommageable.

³⁹⁸⁹ Voy. Cass. civ. 3, 12 octobre 2017, n°16-19657, *Bull. civ. III* ; RGDA, n°12, p. 627, note A. PELISSIER ; *Gaz. Pal.*, n°44, p. 74, note D. NOGUÉRO.

³⁹⁹⁰ Voy. en ce sens B. BONNAMOUR-DE CLAVIÈRE, *Le dommage en droit international privé européen. Réflexions à partir du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles*, thèse, Lyon 3, 2011, p. 232.

jour de la réalisation objective du préjudice et non nécessairement du dommage³⁹⁹¹ : étant admis qu'une victime peut souffrir un préjudice sans souffrir directement le dommage³⁹⁹² et qu'inversement un dommage peut être subi sans emporter de préjudice³⁹⁹³, voire emporter des conséquences positives³⁹⁹⁴. Cela peut aider à déterminer le départ de la prescription extinctive, même si le caractère subjectif et glissant du point de départ réduit l'intérêt de la distinction³⁹⁹⁵.

Somme toute, on comprend l'intérêt de protection pour les responsables qu'impose ce délai butoir, lequel apparaît en sus relativement long. Assurément, des difficultés peuvent naître d'actions en responsabilité bien trop tardives contre un exploitant, et celles-ci peuvent ressurgir sur le fond concernant l'établissement de la causalité. Le juge étant tenu de déterminer où s'arrête le dommage direct, l'intensité du lien de causalité diminuera progressivement d'un dommage à l'autre, jusqu'au point où l'exploitant n'aura plus à répondre des dommages indirects. Néanmoins, il y aura des situations dans lesquelles le juge sera invité à interpréter le délai butoir en faveur des victimes, et ce pour deux raisons³⁹⁹⁶. D'une part, et à l'inverse du régime de responsabilité civile nucléaire, aucune limitation du *quantum* de la réparation n'est imposée dans le cadre de la règle de responsabilité, ce qui réduit grandement l'intérêt d'une appréhension *stricte* de la limitation *ratione temporis*. D'autre part, quand bien même l'exploitant apparaîtrait insolvable ou « disparu », il reste la possibilité qu'un fonds de garantie puisse prendre la relève. De telles solutions existent notamment dans le cadre du régime minier³⁹⁹⁷ ou des sites pollués par d'anciennes ICPE³⁹⁹⁸. D'ailleurs, cette appréhension du délai butoir n'est pas un espoir vain. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a tout bonnement refusé d'appliquer ce dernier au visa de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁹⁹⁹,

³⁹⁹¹ Voy. F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *op. cit.*, § 19-20 : « Parce que la responsabilité civile constitue un fait juridique créateur d'une obligation de réparer, il s'ensuit logiquement que la créance de réparation de la victime naît à l'instant même où toutes les conditions de la responsabilité se trouvent réunies. En d'autres termes, la créance de réparation naît au moment où le dernier, chronologiquement, des éléments constitutifs de la responsabilité survient. Or, ce dernier élément, c'est le préjudice puisqu'il est une conséquence du dommage qui, dans de rares cas il est vrai, peut ne pas être concomitante au dommage lui-même, lequel est une conséquence du fait générateur. Il faut donc retenir que le droit à réparation de la victime naît plus exactement au jour de la réalisation du préjudice ». Rapprochez J. FISCHER, « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », *op. cit.*, pp. 383 et ss.

³⁹⁹² Tel est d'ailleurs le cas des victimes dites par ricochet.

³⁹⁹³ Tel pourrait être le cas dans l'exemple des tuiles gélives sussexposé.

³⁹⁹⁴ De même, en cas d'effondrement d'un bâtiment avec identification d'un tiers responsable, le propriétaire subit un dommage matériel dont aucun préjudice ne peut découler s'il avait préalablement intention de le faire (il pourrait même en retirer une économie) : voy. P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 557 ; Y. QUISTREBERT, « Le dommage : caractère du dommage réparable », *JCL Code civil*, Fasc. 101, 2021, § 11, et dans ce sens avec d'autres exemples A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, *op. cit.*, pp. 231 et ss.

³⁹⁹⁵ Voy. F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *op. cit.*, § 20. Toutefois cela ne concernerait pas les dommages corporels car l'article 2226 vise expressément le dommage et non le préjudice.

³⁹⁹⁶ Sur l'importance de l'interprétation laissée au juge dans l'appréciation de ce délai, voy. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 830

³⁹⁹⁷ *Code minier*, art. L155-3 : « En cas de disparition ou de défaillance du responsable, l'État est garant de la réparation des dommages causés par son activité minière [comprendre le fonds de garantie des dommages miniers]. Il est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre du responsable ». Nous soulignons. Notons ainsi que contrairement à ce qui a pu être affirmé par certaines décisions, il ne s'agit pas d'un régime de solidarité nationale, mais bien d'une garantie subsidiaire : voy. CE, 4 février 2005, n°257 069, *Association des communes minières de France, T. Lebon* ; AJDA 2005, p. 792 *contra* CAA Douai, 28 mai 2014, n° 13DA00381, *Comm. d'aggl. De Len-Liévin* ; AJDA, 2015, note T. LEULEU. Notons également que l'État a pu être considéré comme subrogé dans les droits et obligations de l'exploitant minier disparu, lorsque celui-ci constituait un EPIC, et que son intervention devait donc être fondée

sur le premier alinéa, ce qui avait posé discussion sur le juge compétent : voy. CAA Douai, 28 mai 2014, *op. cit.* On notera toutefois que dans cette hypothèse, le dommage devait être survenu quand l'EPIC en question existait encore.

³⁹⁹⁸ Voy. *Code de l'environnement*, art. L556-3 et surtout CE, 13 novembre 2019, n°416860, T. Lebon, consacrant les modalités de l'obligation de dépollution incombant à l'État lorsque « que, en cas de pollution des sols due à l'activité d'une ancienne installation classée pour la protection de l'environnement [...] l'État ne peut plus mettre en demeure l'ancien exploitant ou une personne s'y étant substituée, ou le cas échéant toute autre personne qui y serait tenue, de procéder à la dépollution du site, en raison soit de la disparition ou de l'insolvabilité de ce dernier, soit de l'expiration du délai de prescription de l'obligation de remise en état reposant sur lui ».

³⁹⁹⁹ Voy. Cass. soc., 3 avril 2019, n° 17-15568, *Bull.* ; D. 2019. 2339, note I. TA ; RDT 2019. 401, obs. A.-S. GINON ; RTD civ. 2019. 586, obs. H. BARBIER, et S. MILLEVILLE, « Le délai butoir évincé sans procès », *RDLF*, 2019, chron. n° 56.

et ce bien qu'une juste appréciation du jour de la survenance du « dommage certain » lui aurait évité cette « contorsion inutile »⁴⁰⁰⁰.

890. Conclusion intermédiaire. Le contentieux de la responsabilité du fait des activités à risque, comme le contentieux qui peut résulter de la réalisation du risque nucléaire de fusion, révèle les potentielles difficultés relatives à la question de l'extinction de l'action en responsabilité. Mais la question du facteur temps pose également celle de l'extinction substantielle de la responsabilité.

b. L'extinction substantielle de la responsabilité

891. L'hypothèse d'une réalisation tardive du risque. Des difficultés peuvent également survenir si une activité voit son risque se réaliser tardivement, alors que l'exploitant a disparu ou que l'activité a cessé. L'exemple du risque nucléaire paraît ici significatif quand la gestion des dommages futurs concernant l'enfouissement des déchets radioactifs de fission constitue aujourd'hui une préoccupation certaine. Plus encore, le risque minier est à cet égard relativement significatif. La fermeture des mines en France, si elle n'a pas fait disparaître les dommages causés par leur exploitation, n'a pas également fait disparaître le risque susceptible de les caractériser⁴⁰⁰¹. À cet égard, l'accident dont a été « victime » le cheval Porto et survenu à Gardanne en janvier 2020 en apporte le témoignage. Alors que son propriétaire faisait brouter l'équidé sur un terrain herbeux, un effondrement du sol dû à l'existence d'une ancienne cavité minière réputée non répertoriée et vieille de plusieurs siècles a entraîné la chute de ce dernier. Il est mort après être resté coincé pendant trois jours dans ladite cavité⁴⁰⁰².

892. Une extinction naturelle de la responsabilité ? Dans ce type d'espèce, et sans préjudice de la résolution possible de la question par le régime spécial en vigueur, on peut considérer que le glissement du terrain constitue la réalisation du risque minier, plus qu'un dommage ancien ayant entraîné un second dommage en cascade⁴⁰⁰³. Théoriquement, il n'est donc nullement question de prescription ou de délai butoir. Le dommage est survenu quasi-immédiatement. La mort de Porto est constitutive d'un dommage matériel pour son propriétaire, voire d'un préjudice moral⁴⁰⁰⁴. Le lien de causalité est direct : le glissement de terrain a bel et bien causé la mort du cheval. Par conséquent, les trois conditions de la responsabilité sont réunies et un droit à réparation naît dans le *for* du propriétaire victime. Un seul élément manque : un exploitant responsable. La question qui se pose est donc de savoir si, dans cette hypothèse, la responsabilité doit survivre à l'exploitant disparu. Autrement dit, la disparition du responsable constitue-t-elle un obstacle à la naissance du droit à réparation ou un

⁴⁰⁰⁰ Voy. I. TA, « Où les incertitudes entourant le délai butoir amènent à d'inutiles contorsions », *D.* 2019, p. 2239.

⁴⁰⁰¹ Le régime minier obéit à un régime spécial (et éclaté), lequel est ainsi riche d'enseignement parce qu'il prend justement en compte tant les dommages miniers tardifs (*Code minier*, art. L155-3) que le risque minier, notamment à travers la procédure d'expropriation prévu à cet effet (*Code minier*, art. L174-6) : voy. sur la démarcation de ces deux domaines CE, 17 juillet 2009, n° 288559, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Becker*, *Rec. Lebon*, p. 283

⁴⁰⁰² Le caractère artificiel de cette cavité a été remis en doute par certains députés : voy. Assemblée nationale, « Compte rendu de la séance du vendredi 9 avril 2021 », n°51 A.N. (CR), pp. 3889 et ss. Sur les faits, voy. pour exemple La Provence, « Porto, le cheval enseveli à Gardanne est mort », ed. du 15 janvier 2020 disponible sur <https://www.laprovence.com/article/societe/5845776/porto-le-cheval-enseveli-a-gardanne-est-mort.html>

⁴⁰⁰³ Cela impliquerait de considérer que l'existence de la cavité minière constitue un dommage. Cela questionnerait le cas échéant sur le lien de causalité, le juge étant alors tenu de déterminer où s'arrête le dommage direct.

⁴⁰⁰⁴ On pensera ici à l'affaire *Lunus* déjà évoquée dans laquelle la Cour de cassation avait décidé que la mort d'un cheval ouvrait droit à réparation de la douleur morale éprouvée par son propriétaire, ce qui n'a pas été sans faire l'objet de critiques : voy. Cass. civ. 16 juin 1962, *Lunus*, *Bull. civ. I*, n°33 ; *D.* 1962, p. 199, note R. RODIÈRE ; *JCP* 1962, 12557, note P. ESMEIN.

obstacle à la mise en œuvre de ce droit ? Répondre par la positive à la seconde alternative impliquerait de reconnaître qu'une personne décédée peut se voir imputer, de sa mort, un fait générateur de responsabilité. Il en résulterait donc une fiction, cette absurdité selon laquelle un cadavre peut commettre une faute. Répondre par la positive à la première alternative impliquerait de faire de l'effectivité du lien d'imputation personnelle une quatrième condition de la responsabilité. Au vu de notre attachement à cette condition, le raisonnement ne nous paraît pas dénué de tout fondement : parce que la responsabilité doit trouver une justification subjective, elle implique d'être rattachée au comportement d'une personne, quand bien même ce dernier serait dissimulé derrière un fait générateur objectif, telle que la réalisation d'un risque. Or, au moment de la réalisation du risque, l'exploitant n'a plus la maîtrise sur l'activité : il s'agit pour ainsi dire d'un risque *derelictae*⁴⁰⁰⁵.

En réalité, quelle que soit la réponse à cette question, la disparition du responsable empêche toute mise en cause des ayants cause qui continuent traditionnellement sa personne. S'il est en effet admis, non sans critique, que les dettes de réparation sont transmissibles, cette communicabilité est en principe limitée aux dettes nées avant la disparition du civilement responsable⁴⁰⁰⁶. Il en résulte que la transmissibilité des dettes de réparation interroge déjà lorsque le fait générateur est survenu pendant l'exploitation, mais que le dommage (-préjudice) est survenu après – et ce sans y rajouter les problèmes liés la limitation *ratione temporis* que peut connaître l'assurance de responsabilité⁴⁰⁰⁷ ou encore la transmission du bénéfice garanti⁴⁰⁰⁸. *A fortiori*, on imagine mal que des ayants causes puissent être tenus responsables pour un fait générateur qui, même fictivement imputé au disparu, n'est pas survenu du vivant de ce dernier. Dans ces hypothèses, et sans préjudice de la possibilité de rechercher la responsabilité sur un autre fondement et sur des particularités propres à chaque espèce, la dette ne peut donc qu'être prise en charge par un mécanisme, dont il s'agit simplement de déterminer s'il constitue un mécanisme de garantie ou d'indemnisation. En l'absence de responsabilité, la situation se différencie de celle où l'intervention subsidiaire d'un *garant* est rendue nécessaire pour réparer un dommage survenu pendant l'exploitation, mais dont on ne peut plus retrouver l'exploitant ou ses ayants cause. En l'absence de responsabilité, la compensation des dommages ne peut donc que relever du domaine de *l'indemnisation solidaire*.

2. L'influence du facteur temps sur l'évolution de la responsabilité

893. L'éclatement temporel du contentieux et l'évolution du droit. L'évolution même du droit peut, sous l'écoulement du temps, influencer sur la mise en œuvre de la responsabilité. Les activités à risque sont susceptibles, par un seul fait générateur, de causer des dommages dont la survenance, la manifestation ou la connaissance seraient étalées sur une période relativement longue. Cela est, à tout le moins, l'apanage du risque radioactif. Si l'on retient une conception extensive du délai butoir, des

⁴⁰⁰⁵ Ainsi, dans la responsabilité du fait des choses, *res nullius* (choses sans maîtres) et les *res derelictae* (choses abandonnées) n'ayant pas (ou plus), par définition, de propriétaire ou de gardien n'engagent aucune responsabilité : CA Paris, 28 septembre 1990 ; *Gaz. Pal.* 1991, n°1, somm. 232. Rapprochez Convention de Paris (2004), art. 8.

⁴⁰⁰⁶ Voy. P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 2176 ; O. DESHAYES, « Ayant cause », *Répertoire de droit civil*, 2019.

⁴⁰⁰⁷ Voy. Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., p. 504 et ss.

⁴⁰⁰⁸ Voy. P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., p. 1153.

actions pourraient alors être introduites sur une période de plus de vingt ans. Il en résulterait alors un traitement potentiellement inéquitable de la responsabilité de l'exploitant comme de la réparation des victimes, qui ne serait justifié que par la survenance différée des dommages susceptibles d'être réparés. En effet, la qualification du juge est importante dans le cadre de la règle de responsabilité, surtout pour déterminer ce qu'est une activité à risque, en identifier le risque anormal ou encore l'exploitant⁴⁰⁰⁹. Il est donc envisageable que pour un même fait générateur, la qualification du juge du fond puisse « diverger » selon le moment où il sera saisi⁴⁰¹⁰. Il n'est pas impossible que la Cour de cassation soit saisie et ainsi appelée à affiner la compréhension de la règle de responsabilité. Certainement, cette évolution constituerait la juste contrepartie de la souplesse conférée à la règle, dont nous souhaitons reconnaître l'évolutivité, et autour de laquelle nous avons construit ce propos⁴⁰¹¹.

894. Le problème de la rétroactivité par principe de la jurisprudence. Le principe de non-rétroactivité de la loi tel que formulé à l'article 2 du Code civil⁴⁰¹², dont la compréhension s'avère déjà délicate concernant la règle de responsabilité selon que l'on considère qu'il prend comme repère le fait générateur ou le dommage⁴⁰¹³, n'est pas applicable à la jurisprudence. Parce que la jurisprudence n'est pas une source formelle du droit, le Code civil interdit au juge de rendre des décisions générales et réglementaires et ne consacre que son pouvoir interprétatif⁴⁰¹⁴. Une décision n'est donc, par principe, applicable qu'au cas déterminé, et ne doit pas constituer une règle de droit obligatoirement applicable à tous les cas analogues. Lorsqu'un arrêt est rendu, on considère par fiction juridique, que

⁴⁰⁰⁹ Cela quand bien même on pourra, concernant ce dernier point, introduire *infra* Section 2, § 1 une présomption destinée à faciliter l'action des victimes entre l'exploitant de fait et l'exploitant de droit.

⁴⁰¹⁰ Le choix du terme « diverger » pourrait questionner lorsqu'il faut viser les différences de solutions entre juge du fond. Il doit pourtant être admis : voy. F. ZENATI, « La notion de divergence de jurisprudence » in P. ANCEL, M-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, Publication de l'Université de Saint Etienne, 2003, p. 61.

⁴⁰¹¹ Que ce soit d'ailleurs à travers le régime de responsabilité civile nucléaire (voy. Partie I, Titre I, Chapitre 2) et la règle de responsabilité présentement envisagée.

⁴⁰¹² Dont il faut rappeler qu'il n'a pas valeur constitutionnelle en droit civil : voy. CC, n°97-391 DC, 7 novembre 1997, *Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier*, JORF, 11 novembre 1997, p. 16390.

⁴⁰¹³ Le principe du droit à réparation étant acquis antérieurement au jugement, il en résulterait que la loi applicable est celle en vigueur au jour où le « fait dommageable » s'est produit : voy. M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 637 faisant référence à P. ROUBIER, « De l'effet des lois nouvelles sur le procès en cours » in *Mélange offerts à Jacques Maury*, t. 2, Paris, Sirey-Dalloz, 1961, p. 513 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La loi nouvelle et le litige », *RTD civ*, 1968, p. 479. Or, en jurisprudence, l'on considère que le « fait dommageable » vise en principe le fait générateur : voy. Cass. 3^{ème} civ., 12 octobre 2017, n°16-19657, *RGDA*, n°12, p. 627, note A. PÉLISSIER. Pourtant, si ce principe n'a pas valeur constitutionnelle, la rétroactivité de la règle de responsabilité trouverait sa limite dans l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme. Suivant la jurisprudence du juge européen, une loi qui supprime ou qui réduit une créance de réparation née avant son entrée en vigueur ne peut être jugée conforme à la Convention européenne des droits de l'homme que si elle prévoit au profit des victimes une compensation équitable. Faut-il donc en déduire que le point de repère constitue le jour de la survenance du dommage (jour de naissance de la créance de la réparation) plutôt que celui de la survenance du fait générateur, autorisant en cas de dommages différés à traiter les victimes d'un même accident sous l'empire de lois différentes ? La réponse n'apparaît pas dans les affaires *Draon c. France* et *Maurice c. France*, où la loi en cause était intervenue rétroactivement à des instances en cours, la créance de réparation ayant déjà été, sinon bien établie, à tout le moins « légitimement estimée se concrétiser » : voy. CEDH, *Draon c. France*, arrêt du 6 octobre 2005, n°1513/03, §7 ; *Maurice c. France*, arrêt du 6 octobre, n°11810/03, §§ 67-69 et Cass. civ. 1, 24 janvier 2006, n°02-13.775, *Bull. civ. I*, n°31, p. 29. Toutefois, la jurisprudence a parfois visé ce principe de non-rétroactivité comme visant « la loi en vigueur au moment de l'accident » tout en l'assimilant au moment « réalisation du dommage » (Cass. civ. 2, 18 juillet 1967, *Bull. civ. 2*, n°266). Le juge a également parfois juste évoqué les « faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi » (Cass. civ., 9 juillet 1986, n°85-11779, *Bull. civ. II*, n°107). Il semble donc que le fait générateur constitue bien le point de repère pour le principe de non-rétroactivité : voy. Cass. crim., 18 juin 1975, n° 74-92.880, *Bull. crim.*, n° 159 ; Cass. civ. 2, 25 juin 2009, n°08-14.060, n°08-16.910 ; Rapport de Madame CRÉDEVILLE (Rapporteur) sous Cass., avis n°002006P, 22 novembre 2002 et S. GAUDEMET, « Application de la loi dans le temps – Le juge et l'article 2 du Code civil », *JCL Civil Code*, fasc. 20, 2018, § 11. Relevons néanmoins que la dernière auteure n'envisage pas spécifiquement cette possibilité d'un dommage réalisé tardivement puisqu'elle semble assimiler le jour de survenance du fait générateur au jour de naissance du droit à réparation. Si elle relève en effet « l'application de la loi en vigueur au jour du fait générateur du dommage », elle considère ensuite que « c'est cette loi qui fixe les conditions de la responsabilité. Elle permet de déterminer "si une dette est née, ou non, vis-à-vis de la victime du dommage, et à la charge de qui cette dette existe" ».

⁴⁰¹⁴ *Code civil*, art. 4 et 5.

le sens qu'il confère à la loi a toujours été ce dernier. La jurisprudence est donc rétroactive par essence⁴⁰¹⁵. Cela semble d'ailleurs relativement accepté par la Cour de cassation, la Cour européenne des droits de l'homme, voire le Conseil Constitutionnel, qui ont validé le principe selon lequel nul n'a de droit acquis à une jurisprudence figée⁴⁰¹⁶. Certes, cette solution n'a pas été exempte de critiques en doctrine⁴⁰¹⁷, et il n'existe un certain contrôle supranational de « raisonabilité » des revirements de jurisprudence quand les individus, certes égaux que devant la loi, peuvent espérer l'être devant l'interprétation qu'on lui donne⁴⁰¹⁸. De même, le juge suprême a déjà fait le choix de moduler l'effet rétroactif de ses décisions pour se conformer aux exigences du juge européen des droits de l'homme⁴⁰¹⁹. Enfin, les juges du fond peuvent faire œuvre de résistance quand, par opposition à la Cour de cassation qui ne perçoit plus « qu'un litige refroidi », ils « sont en prise directe sur les faits de l'espèce »⁴⁰²⁰, sous réserve des risques que cela implique, notamment de celui d'un second pourvoi, voire d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi⁴⁰²¹.

Il s'agit cependant là d'une vision théorique et spéculative de la question qui ne rend pas compte de la réalité des faits. En effet, ces limites axées sur le postulat d'une intervention de la Cour de cassation dans le contentieux ne laissent pas de place à la possibilité que les victimes puissent faire l'objet d'une disparité de traitement qui ne sera que l'affaire du juge du fond. Ce dernier n'est tenu de trancher, en droit, que la cause lui étant soumise par un avocat qui, pourtant tenu par un devoir de compétence dont il faut encore mesurer la portée, manquerait d'argumenter sur une décision antérieure faite de

⁴⁰¹⁵ Voy. généralement sur cette question C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Paris, Dalloz, 2014, 588 p. ou encore P. DEUMIER, « Jurisprudence », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2019, §§ 120 et ss.

⁴⁰¹⁶ Voy. Cass. civ. 1, 21 mars 2000, n° 98-11.982, *Bull. civ. I*, n° 97 ; Cass. civ. 1, 9 octobre 2001, n°00-14.564, *Bull. civ. I*, n° 249 ; Cass. Civ. 1, 11 juin 2009, n°08-16.914, *Bull. civ. I*, n°124 et CEDH, *UNEDIC c. France*, arrêt du 18 décembre 2008, req. n°20153/04, § 74 ; CEDH, *Legrand c. France*, arrêt du 26 novembre 2011, req. n°23228/08, §§ 39-40. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé directement sur le caractère constitutionnel de la rétroactivité de la jurisprudence. Cependant, dans la décision QPC du 1^{er} août 2013, n° 2013-336, *Société Natixis Asset Management*, JO, 4 août 2013, p. 13317, il a affirmé qu'une interprétation de la Cour de cassation ne devait pas avoir « porté atteinte à une situation légalement acquise ». Le commentaire de la décision par le Conseil constitutionnel semble néanmoins minimiser la portée de la décision, indiquant qu'avant la jurisprudence précitée, l'article litigieux n'avait jamais fait l'objet d'une interprétation, de sorte que la décision en cause n'était pas un revirement de jurisprudence. D'aucuns se sont ainsi interrogés sur l'existence d'une rétroactivité admise que dans la mesure où elle ne porterait pas atteinte à des droits acquis par une jurisprudence antérieure : voy. P. DEUMIER, « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? », *RTD civ.* 2014, p. 71 ; Cour de Cassation, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel de 2014*, Paris, La Documentation française, 2015, p. 336.

⁴⁰¹⁷ Voy. N. MOLFESSIS (dir), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, LexisNexis, 2005, 193 p. proposant d'établir un droit transitoire du revirement de jurisprudence et plus généralement P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, §§ 119 et ss.

⁴⁰¹⁸ Si la Cour considère que le revirement de jurisprudence dans le temps ne doit pas être source d'arbitraire, elle vise néanmoins plus généralement les jurisprudences de cours suprêmes : voy. pour exemple CEDH, 30 mai 2000, *Belvedere Alberghia c. Italie*, arrêt du 30 mai 2000, req. n°315524/96, § 58 ; CEDH, *Stefan et Stef c. Roumanie*, req. n°24428/03, § 35 ou encore *Atanasovski c. ex-République yougoslave de Macédoine*, arrêt du 14 janvier 2010, req. n°36815/03, § 38 et plus généralement sur cette question P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, sp. §§ 103 et ss, 149 et ss. Rapprochez avec M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, p. 688, note 6 s'interrogeant sur la conformité des revirements de jurisprudences avec le Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme dans le même esprit que la note *supra* note 4013.

⁴⁰¹⁹ Voy. Cour de cassation, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel, 2014*, pp. 337 et ss ; P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, §§ 127 et ss ; C. MALPEL-BOUYJOU, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité, op. cit.*, sp. pp. 467 et ss ou encore A. MARAIS, « Modulation dans le temps et revirement de jurisprudence. Requiem européen en si(x) bémol », *JCP G*, n°26, 2011, p. 742, et voy. Cass. civ., 20 mai 2021, n°19-22.316, n°20-13.210.

⁴⁰²⁰ R. LIBCHABER, « Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? (note sous Ass. plen., 17 novembre 2000, Perruche, n°99-13.701, *Bull. AP*, n°9, p. 15) », *RTD civ.*, 2001, p. 226

⁴⁰²¹ Sur l'importance de la jurisprudence des juges du fonds [« la loi vient d'en haut, les bonnes jurisprudences se font par le bas » : J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, Flammarion, p. 74], et sur l'autorité de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ces derniers et ses implications, voy. P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, sp. §§ 23 et ss, 37 et ss et 90 et ss et F. ZENATI, « La notion de divergence de jurisprudence », *op. cit.*, pp. 63 et ss.

diffusion suffisante⁴⁰²². Elles ne laissent pas de place à cette réalité qui oblige de voir la femme ou l'homme qui se renouvelle derrière l'office du juge et dont on se félicite qu'il n'a pas le pouvoir de lier celui qui exercera les mêmes fonctions des années après⁴⁰²³, ou l'individu lésé par une solution nouvelle n'aura pas toujours les moyens ou la possibilité de la faire censurer⁴⁰²⁴. Surtout, ces développements laissent supposer une vision négative de l'évolution jurisprudentielle opérée par le juge suprême. On ne saurait pourtant (et normalement) pas la regretter, et ce qu'elle s'opère en faveur des victimes « nouvelles », voire des victimes « anciennes »⁴⁰²⁵, ou même en faveur de l'exploitant. En effet,

« lorsqu'un revirement de jurisprudence est envisagé, c'est, par hypothèse, que la solution antérieurement retenue n'apparaît pas satisfaisante. Si elle n'apparaît pas satisfaisante, c'est, en principe, parce que son application à une espèce donnée conduit à des résultats inopportuns, ou parce qu'elle n'est pas compatible avec l'esprit, sinon même la lettre de la loi »⁴⁰²⁶.

Dans ces circonstances, la question de la résolution de la différence de traitement susceptible de naître sous l'effet du temps est donc bien délicate. Elle oscille entre, d'un côté, un besoin de stabilité suscité par un souci d'équité entre des victimes unies par un même fait générateur, un seul responsable susceptible d'exister à des époques différentes et un souci de sécurité juridique pour le responsable qui serait confronté à une dette déjà incommensurable ; et, d'un autre côté, le désir de ne pas priver ces victimes ou le responsable de solutions (possiblement) mûries et bienvenues, et s'opérant *in fine* en leur faveur.

Il ne s'agira pas de trancher à ce stade de l'étude. Le risque de divergence de solutions afférentes à la mise en œuvre de la responsabilité n'est, en ce qui concerne les activités à risque, pas exclusive de l'écoulement du temps. Elle résulte avec autant d'ardeur des autres facteurs soumis à l'étude, et en

⁴⁰²² Voy. *Code civil*, art. 5 et sur la place de la jurisprudence dans la motivation des juges du fond P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, §§ 95-96. Sur le problème de la diffusion insuffisante des arrêts du juge du fond et le devoir de connaissance de l'avocat : voy. P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, §§ 13, §§ 105 et ss et ss ; E. LESUEUR DE GIVRY, « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public » in *L'égalité, Rapport de la Cour de cassation de 2003*, Paris, La Documentation Française, 2004, pp. 236 et ss.

⁴⁰²³ Voy. V. HEUZÉ, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP éd. G* n° 14, 6 avril 2005, doct. 130, § 9. Voy. toutefois car visant une divergence de jurisprudence du juge du fond pour des mêmes faits mais avec des requérants différents *Siegle c. Roumanie*, 16 juillet 2013, req. n°23456/04, §§ 35-39 dans lesquels la Cour a considéré qu'il découle du principe de sécurité juridique qu'une partie qui se prévaut de l'appréciation faite par une juridiction dans un litige antérieur, au sujet d'une question qui se pose également dans l'affaire à laquelle elle est partie, peut légitimement s'attendre à ce que la juridiction dans cette affaire tranche le litige dans le même sens que la décision antérieure, à moins qu'il n'y ait un motif valable pour y déroger.

⁴⁰²⁴ Outre le coût d'un pourvoi et les conditions de procédure, il est en effet des éléments qui relevant de l'appréciation du juge du fond ne peuvent faire l'objet d'aucun contrôle par la Cour. Il en est ainsi, par exemple, de l'appréciation du départ de la prescription extinctive : voy. Cass. civ. 1, 9 novembre 2004, n° 02-20.117.

⁴⁰²⁵ Voy. sur ce point un arrêt du Cass. ass. plén., 2 avril 2021, n°19-18.814 dans lequel l'Assemblée plénière a opéré un revirement de jurisprudence concernant l'irrecevabilité du moyen reprochant à une juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de la cassation qui la saisissait. Dans cet arrêt, elle a ainsi cassé l'arrêt d'une cour d'appel de renvoi s'étant pourtant conformée à sa position restrictive sur le préjudice d'anxiété en raison d'un changement de sa position intervenu en 2019 entre le renvoi et le second pourvoi (Ass. plén. 5 avril 2019, n° 18-14.442). Ainsi, l'Assemblée plénière a considéré que « bien que la cour d'appel se soit conformée à la doctrine de l'arrêt qui l'avait saisie, l'annulation de l'arrêt est encourue ». Dans le cas d'un revirement de jurisprudence, seules deux types de victimes pourraient en bénéficier, voire en pâtir : celles dont l'instance est déjà introduite et toujours pendante devant le juge et celles dont le droit d'action n'est pas encore prescrit. Concernant ces dernières, il est intéressant de relever que dans le cas de la survenance d'un nouveau préjudice, et même si d'anciennes demandes de réparation sont passées en force de chose jugée, une nouvelle instance soumise au revirement de jurisprudence pourrait être introduite et donner lieu à une décision *in fine* contradictoire avec la première rendue. Voy. sur ces questions C. BOUTY, « Chose jugée », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021, §§ 589, 666.

⁴⁰²⁶ V. HEUZÉ, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *op. cit.*, § 13 et dans le même sens A. TUNC, « Conclusion » in P. BELLET, A. TUNC (dirs), *La cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, Paris, Economica, 1978, p. 437 ; CEDH, *Atanasovski c. ex-République yougoslave de Macédoine*, arrêt du 14 janvier 2010, req. n°36815/03, § 38 : « [u]ne évolution de jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice dans la mesure où l'absence d'une approche dynamique et évolutive serait susceptible d'entraver tout changement ou amélioration ».

premier lieu du facteur spatial. Il s'agira encore de mesurer l'influence que peuvent avoir certaines caractéristiques de la réalisation du risque sur l'action en responsabilité au regard du tribunal compétent ou de la loi donnant naissance à son droit ; et cela alors, qu'au terme de cette étude focalisée sur le facteur temps, il apparaît par exemple important de souligner que la prescription extinctive d'une obligation est traditionnellement soumise à la loi qui la régit au fond⁴⁰²⁷.

B. L'influence du facteur spatial

895. Une question non exclusive bien que prégnante du risque transfrontière. Comme l'écoulement du temps, le facteur spatial revêt une importance particulière dans le cadre de l'action en responsabilité du fait des activités à risque. Le risque transfrontière n'est pas l'apanage du risque nucléaire de fission, et quoique supposées présenter un risque de moindre ampleur, il n'est pas exclu que les activités de fusion puissent occasionner un « accident » transfrontière ou transnational⁴⁰²⁸. Cette même circonstance affecterait d'autres activités à risque selon l'emplacement du siège de leur poursuite⁴⁰²⁹, selon l'environnement connexe⁴⁰³⁰, selon les acteurs qu'elles impliquent⁴⁰³¹ ou encore selon la nature du risque présenté par l'activité en elle-même qui causerait des dommages catastrophiques ou sériels transfrontières⁴⁰³². La mise en œuvre de la responsabilité du fait d'une activité à risque, fût-elle une règle de droit interne français, n'exempter pas d'une réflexion sur cette question. Davantage, la prise en compte du facteur spatial sur la mise en œuvre de la responsabilité du fait des activités à risque n'est pas non plus l'apanage du risque transfrontière. Le cantonnement de la réalisation d'un risque et de ses conséquences aux limites du territoire étatique n'exclut pas qu'apparaissent des difficultés à l'endroit de la mise en œuvre de la responsabilité, notamment concernant la question du tribunal compétent.

896. Plan. Dès lors, appréhender l'influence du facteur spatial sur la mise en œuvre de la règle de responsabilité commande d'envisager les conséquences d'un accident transfrontière sur l'applicabilité de la règle de responsabilité *stricto sensu* (1.) avant d'envisager la question, en droit international privé, comme en droit national, du tribunal compétent pour ce faire (2.).

⁴⁰²⁷ Voy. pour exemple *Règlement Rome II, op. cit.*, art. 15.h) ou Cass. civ., 7 juin 1977, n° 75-15.058, Bull. civ. I, n° 267 et A. HUET, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux – Compétence de la *lex fori* – Domaine de la *lex fori* », *JCL Droit international*, fasc 582-10, 2018, §§ 89 et ss.

⁴⁰²⁸ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁴⁰²⁹ On pourra par exemple penser à une installation se trouvant proche d'une frontière rappelant à la Fonderie du Trail, la centrale nucléaire de Chooz ou encore celle de Temelin. On pourra également penser aux activités dont le risque est lui-même amené à se « déplacer », soit en raison de l'activité en elle-même (ex. la pollution hydrocarbure, les navires nucléaires, le risque spatial), soit en raison du transport de certaines substances qu'elle occasionne et qui entrent dans la sphère du risque (ex. : le transport de substances nucléaires ou de déchets dangereux).

⁴⁰³⁰ Tout comme les effets dommageables d'un dommage survenu en mer peuvent survenir dans les eaux de plusieurs États, la réalisation d'un risque près d'un fleuve, entraînant une pollution de ce dernier, pourrait également être ressentie dans divers États si celui-ci y coule. L'appréhension de cette problématique était celle du Protocole de Kiev sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières.

⁴⁰³¹ On pourra ici penser aux cas des sociétés mères exploitantes *ratione materiae* de l'activité de leur filiale à l'étranger.

⁴⁰³² On en peut en effet que penser aux risques dont la réalisation pourrait prendre une ampleur catastrophique, dans ce sens qu'elle affecterait simultanément les individus ou les choses au-delà des frontières tel que cela peut-être le cas du nucléaire. Toutefois, il est également des activités à risque présentant un risque de dommage sériel transfrontière. L'actualité la plus récente peut ainsi nous conduire à nous interroger sur le fait de savoir si un laboratoire travaillant sur des virus et laissant s'échapper une maladie infectieuse pourrait constituer une activité à risque dont le risque réalisé (la fuite d'un virus) pourrait se diffuser à l'international. Les conséquences du risque, les effets de sa réalisation se déplaceraient en eux-mêmes créant ainsi des dommages dits « sériels ».

1. L'influence du facteur spatial sur l'application de la règle de responsabilité

897. Une étude des conflits de lois limitée au droit de l'Union européenne. Arrivés à ce stade de l'étude, l'hypothèse d'une « déterritorialisation » des règles de responsabilité n'est pas une question inédite. Lors de l'étude du régime de responsabilité de l'exploitant nucléaire, les principes gouvernant la résolution des conflits de lois dans l'espace ont déjà fait l'objet d'une étude succincte par le prisme du droit l'Union européenne. Le constat qui nous a conduit à limiter l'étude à ce seul droit devra être ici réitéré ici. Envisager l'ensemble des règles de droit international privé qui peuvent appréhender la résolution des conflits de lois relatifs à la responsabilité civile imposerait un exposé qui dépasse le cadre de la présente étude, alors que sa simple appréhension par le prisme du Règlement Rome II suffit à en identifier les difficultés⁴⁰³³. Destiné à harmoniser les règles de conflits de lois des États européens relatifs aux obligations non-contractuelles⁴⁰³⁴, ce texte trouve application si le fait transfrontière d'une activité à risque s'oppose au juge français ou à tout autre juge d'un État membre de l'Union ; et cela sans préjudice des limites que suppose son champ d'application *ratione materiae* à l'endroit de la fusion⁴⁰³⁵, de l'exploitant personne-publique⁴⁰³⁶ ou encore des conventions spécifiquement applicables⁴⁰³⁷. Il faut ainsi rappeler qu'en dépit de l'attachement historique de certains droits au principe de la *lex loci delicti*, le Règlement Rome II a explicitement consacré le principe de l'application de la *lex loci damni* dans ce domaine. Bien que ce choix soit apparu justifié à bien égards⁴⁰³⁸, il pourrait mettre en échec l'application de la règle de responsabilité du fait des activités à risque dans des circonstances où l'on espère la voir mise en œuvre.

898. Plan. Il s'agit ici de constater la mesure dans laquelle le caractère transfrontière de la réalisation d'un risque peut mettre en échec la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant sur le fondement de la règle recherchée (a.) avant de constater, paradoxalement, la manière dont cette dernière peut permettre de renforcer l'appréhension des accidents transfrontières (b.).

a. Le risque transfrontière facteur d'inapplicabilité de la règle de responsabilité

899. Une mise en échec de l'application de la règle de responsabilité par la *lex loci damni*. L'application de la *lex loci damni* aux obligations civiles délictuelles, c'est-à-dire la loi du lieu de survenance du dommage et non de survenance du fait générateur, présente des inconvénients

⁴⁰³³ Voy. Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JO, 31 juillet 2007, L199/40, p. 40.

⁴⁰³⁴ Si le règlement s'applique aux obligations non-contractuelles, il vise, entre autres, la responsabilité délictuelle, laquelle constitue une notion autonome englobant tous les cas de responsabilité civile, y compris ceux fondés sur la responsabilité objective, et trouvant leur source dans l'un des événements énumérés en son article 2 : voy. Règlement Rome II, consid. 11 et art. 2 ; CJCE, *Kalfelis c/ Bankhaus Schröder*, 27 septembre 1988, aff. 189/87, Rec. CJCE 1988, p. 5565 ; CJUE, *ERGO Insurance*, 21 janvier 2016, aff. C-359/14, §§ 43, 46.

⁴⁰³⁵ Le règlement exclut par principe « les dommages nucléaires », ce qui n'est pas *de lege lata* sans susciter des difficultés eu égard aux États européens non parties au Convention : voy. Règlement de Rome II, art. premier 2.f) et sur l'interprétation opérée *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2, A.

⁴⁰³⁶ Le règlement s'applique, quelle que soit la nature du tribunal, à la matière civile et commerciale, à l'exclusion, notamment, des actes et omission commis dans l'exercice de la puissance publique. La notion de *matière civile et commerciale* est néanmoins un concept autonome du droit européen défini de manière négative par cette référence au critère de l'exercice de prérogatives de puissance publique qui permet d'exclure les litiges mettant en jeu la responsabilité de l'État pour les seuls *acta iure imperii* selon la conception restrictive qui en a été retenue par la Cour de Justice : voy. Règlement de Rome II, consid. 8 et art. premier.1) ; CJCE, *LTU c/ Eurocontrol*, 14 octobre 1976, aff. 29/76, Rec. CJCE 1976, p. 1541 ; CJCE, *Niederlande c/ Rüffer*, 16 déc. 1980, aff. 814/79, Rec. CJCE 1980, p. 3807.

⁴⁰³⁷ Voy. Règlement Rome II, art. 27.

⁴⁰³⁸ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2, A.

notables lorsque doit s'envisager l'application de la règle de responsabilité. Assurément, une première difficulté point en ce qui concerne l'identification précise du lieu de survenance du dommage. Intrinsèquement lié à l'identification du temps de sa survenance, cette appréciation peut même s'avérer délicate car c'est expressément ce dernier, et non le préjudice, que vise le Règlement de Rome II⁴⁰³⁹. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne éclaire néanmoins, puisqu'elle vise le lieu de survenance du dommage comme le lieu de sa « matérialisation »⁴⁰⁴⁰ assimilé au lieu de sa « manifestation concrète »⁴⁰⁴¹, nonobstant quelques ambiguïtés ponctuelles⁴⁰⁴². C'est ainsi, eu égard au constat d'inutilité de la règle de responsabilité qu'elle provoque, que la loi *lex loci damni* peut surtout créer la frustration. Emportant l'inapplicabilité de la règle de responsabilité chaque fois que les dommages sont subis à l'étranger alors que l'activité est exploitée sur le territoire français, ce mécanisme peut réduire l'efficacité des fonctions de la règle à l'endroit des exploitants, en sus de priver les victimes de son application. La *lex loci damni* peut, en effet, ne pas être aussi favorable aux victimes que la règle de responsabilité, si bien qu'il serait plus ardu pour ces dernières d'engager la responsabilité de l'exploitant. Au-delà de toutes les questions régies par la *lex causae*⁴⁰⁴³, il se peut qu'elle n'envisage que la possibilité d'une responsabilité pour faute. Cela participe alors à annihiler toute dimension préventive à la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant, et même toute responsabilité. Le droit français pourrait certes être réintroduit par le jeu de l'article 17 qui autorise, chaque fois que la *lex causae* ne coïncide pas avec celle du lieu du fait générateur, à tenir compte des règles de comportement et de sécurité applicables à l'activité au jour de la survenance dudit fait⁴⁰⁴⁴. Cependant, cela serait insuffisant pour permettre l'établissement d'une faute potentiellement inexistante ou impossible à prouver. Plus encore, le résultat s'avérerait paradoxalement plus frustrant pour les victimes étrangères. En effet, cette réintroduction conduirait à favoriser l'exploitant situé sur

⁴⁰³⁹ La *lex loci damni* vise l'endroit où le *dommage direct* est subi « quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences *indirectes* de ce fait surviennent ». Cette formulation visant à exclure les préjudices par ricochet confirme donc la pertinence du lieu du dommage : voy. *Règlement de Rome II*, art. 4§1 ; CJCE, *Marinari c/Lloyd's Bank*, 19 septembre 1995, aff. C-364/93, *Rec. CJCE* 1995, sp. p. I-2739 et ss, §§ 14 et ss ; CJUE, *Florin Lazar*, 10 déc. 2015, C-350/14, sp. §§ 20 et ss. Cette position était d'ailleurs celle qui était déjà adoptée par le juge français sous l'empire de la *lex loci delicti* : voy. Cass. Civ. 1, 28 octobre 2003, n°00-18.794, n° 00-20.65, *Bull. civ. I*, n° 219, p. 172.

⁴⁰⁴⁰ Voy. CJCE, *Handelskvekerij G.J. Bier BV c. Mines de Potasse SA*, 30 novembre 1976, aff. 21-76, *Rec. CJCE* 1976, p. 1746, § 15.

⁴⁰⁴¹ Voy. CJCE, *Zuid-Chemie*, 16 juillet 2009, aff. C-189/08, *Rec. CJCE* 2009, p. I-6928, § 27 ; CJUE, *Cartel Damage Claims (CDC)*, 21 mai 2015, aff. C-352/13, § 52 ; CJUE, *Holterman Freho Exploitatie BV et a.*, 10 septembre 2015, aff. C-47/14, § 77 et CJUE, *Löber*, 12 septembre 2018, aff. C-304/17, § 27 et plus généralement B. BONNAMOUR-DE CLAVIÈRE, *Le dommage en droit international privé européen. Réflexions à partir du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, op. cit. ; O. BOSKOVIC, « Réflexions sur le dommage en tant que facteur de rattachement en droit international privé » in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélange en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 264 et ss.

⁴⁰⁴² Voy. CJUE, *Verein für Konsumenteninformation c/Volkswagen AG*, 9 juillet 2020, op. cit. ou encore Civ. 1^{re}, 10 oct. 2018, n°s 16-19.430 et 17-14.401 ; *JDI* 2019, 14, note O. BOSKOVIC concernant l'affaire des prothèses PIP dans laquelle le juge semble avoir retenu l'application de la loi française en considérant principalement les liens étroits de la France avec le fait dommageable (ce qui peut contribuer à exclure l'application de la *lex damni* comme il le sera vu ci-après). Pour autant, ce dernier semblait également considérer que le dommage était survenu dans les usines de fabrications des prothèses, une appréciation quelque peu excessive pour Oliveira BOSKOVIC concernant les personnes physiques porteuses de ces prothèses, victimes de leur défectuosité et domiciliées à l'étranger. De même, dans le cas d'un ressortissant de l'ex-Yougoslavie qui se fait administrer un remède par injection en Hongrie, et subit des complications à son retour dans son pays, l'affaire avait été jugée application du droit hongrois, lieu de l'atteinte à l'intégrité physique, indépendamment du fait que les effets négatifs se soient manifestés en ex-Yougoslavie. L'injection constituait ainsi le dommage : voy. *Szombathelyi Járásbóság P 21170/1979* cité par T. KADNER GRAZIANO, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle », *RCDIP*, 2008, p. 478.

⁴⁰⁴³ La *lex causae* est la loi applicable au litige – ici la *lex loci damni*. Ainsi, la *lex loci damni* englobe bon nombre des aspects d'une règle de responsabilité, qu'il s'agisse de l'évaluation des dommages jusqu'à la prescription de l'action, en passant par les causes d'exonération et les conditions de l'action récursoire : voy. *Règlement de Rome II*, art. 15. On notera que le fait que l'article 15 vise plusieurs faits générateurs (faute, fait d'autrui) n'empêche pas d'y inclure la règle de responsabilité, la liste n'étant pas exhaustive : voy. sur ce point G. LARDEUX, « Sources extracontractuelles des obligations – Domaine de la loi applicable », *JCL Civil Code*, fasc. 20, 2018, §§ 1-2, 7 ; H. SLIM, « Responsabilité délictuelle en droit international privé », *JCL Responsabilité civile et assurances*, 2016, fasc. 255-10., § 46.

⁴⁰⁴⁴ Voy. *Règlement Rome II*, art. 17.

le territoire français en reconnaissant la licéité d'une activité là où la *lex causae* l'aurait proscrite⁴⁰⁴⁵. Par comparaison, cette situation justifie un traitement plus favorable au sein du régime de responsabilité civile nucléaire⁴⁰⁴⁶. De surcroît, compte tenu du fait que le règlement ne prévoit rien concernant la possibilité où les dommages surviennent sur plusieurs territoires, il faut user du principe selon lequel chaque loi est applicable « à son dommage »⁴⁰⁴⁷. Il en résulte une « mosaïque »⁴⁰⁴⁸, un éclatement hétérogène de la responsabilité de l'exploitant que la référence au dommage plutôt qu'au préjudice ne parvient pas à circonscrire⁴⁰⁴⁹.

900. L'existence de tempérament à la règle *lex loci damni*. Certaines solutions peuvent néanmoins compenser cette difficulté. Le Règlement Rome II prévoit des situations dans lesquelles il est imposé ou rendu possible de déroger à la *lex loci damni*. Premièrement, la *lex loci damni* doit être écartée lorsque « la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage »⁴⁰⁵⁰. Cette règle de priorité trouve sa justification dans le principe de proximité⁴⁰⁵¹. Elle pourrait ainsi autoriser une réintroduction de la règle de responsabilité si un résident français subissait un dommage à l'étranger du fait de la réalisation du risque caractérisant une activité poursuivie en France ; cela indépendamment du lieu de réalisation dudit risque et quand bien même l'activité n'y serait pas exploitée *ratione materiae*⁴⁰⁵². Cette exception pourrait réciproquement faire échec à l'application de la règle de responsabilité dans l'hypothèse où l'exploitant (société-mère) résiderait en France mais l'activité serait poursuivie dans une filiale à l'étranger⁴⁰⁵³.

Deuxièmement, la *lex loci damni* peut être écartée lorsqu'il « résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable⁴⁰⁵⁴ présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays »⁴⁰⁵⁵. Cette

⁴⁰⁴⁵ Bien que la portée de l'article 17 demeure floue, la disposition montre ainsi une ambivalence selon que le pays dans lequel est survenu le fait générateur ou celui dans lequel est survenu le dommage prévoit une réglementation plus ou moins stricte : voy. G. LÉGIER, « Le règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *JCP G*, 2007, doctr. 207, § 40 ; E. LOQUIN, « La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juillet 2007 ("Rome II") » in S. CORNELOUP ET N. JOUBERT, *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 44 ou encore O. BOSKOVIC, « Règlement de Rome II : obligations non contractuelle », *Répertoire Dalloz de droit international*, 2021, § 131.

⁴⁰⁴⁶ Les victimes subissant des dommages sur le territoire d'un État non nucléaire peuvent bénéficier du régime de responsabilité civile nucléaire quand même l'État n'est pas partie aux conventions : voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 1.

⁴⁰⁴⁷ Voy. CJCE, *Fiona Shevill et al. c/ Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C 68/93, *Rec. CJCE* 1995, sp. p. I -462, § 30 ; Cass. 1re civ., 16 juillet 1997, n°95-17.163, *Bull. civ. I*, n° 245, p. 164.

⁴⁰⁴⁸ Voy. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome 2") », *op. cit.*, p. 12 : « [L]a règle implique que, en cas de survenance de dommages dans plusieurs pays, il y a lieu d'appliquer de manière distributive les lois des tous les pays concernés, conformément à la thèse de la "Mosaikbetrachtung" connue en droit allemand ».

⁴⁰⁴⁹ Voy. F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage du préjudice ? », *op. cit.*, §§ 21-22.

⁴⁰⁵⁰ Voy. *Règlement Rome II*, art. 4§2.

⁴⁰⁵¹ Voy. G. LÉGIER, « Le règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *op. cit.*, § 45 ; G. LARDEUX, « Source extracontractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable », *op. cit.*, §§ 35, 39 ; O. BOSKOVIC, « Règlement Rome II : obligation non contractuelle », *op. cit.*, §§ 38-40. On soulignera d'ailleurs que ce principe existait déjà dans certains droits étrangers : voy. P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, t. 196, pp. 21-194. Il n'était pourtant pas reconnu par le juge français : voy. pour exemple Cass. civ. 1, 28 octobre 2003, n° 00-18.794, *Bull. civ. I*, n° 219.

⁴⁰⁵² En tenant compte des apparences et des attentes des parties, cette règle facilite l'identification du lieu de résidence en considérant que lorsque le fait générateur a été commis ou le dommage subi dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, le lieu de résidence est celui où est situé cet établissement : voy. *Règlement de Rome II*, art. 23 ; G. LÉGIER, « Le règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *op. cit.*, § 46. On la retrouvera d'ailleurs en droit interne sous le nom de la jurisprudence dites « des gares principales ».

⁴⁰⁵³ Cela sans préjudice, toutefois, du rôle que l'on pourra accorder à l'exploitant « fictif » ou « de droit » de cette filiale dans l'action en responsabilité : voy. *infra* Section 2.

⁴⁰⁵⁴ Rappelons que la CJUE considère que cette notion peut couvrir à la fois le lieu du fait générateur que celui où le dommage est survenu : CJCE, *Mines de Potasse*, 30 novembre 1976, arrêt C-21/76, *Rec. CJCE* 1976, sp. p. 1746, § 19.

⁴⁰⁵⁵ *Règlement Rome II*, art. 4.3.

« clause échappatoire »⁴⁰⁵⁶ peut permettre une réintroduction de la règle de responsabilité. Bien que devant être interprétée strictement pour ne pas autoriser les juridictions à écarter trop largement la règle d'application principale, elle ne fixe aucune condition préalable à son application si ce n'est que le fait dommageable doit entretenir « un lien manifeste » avec un autre État au regard de l'ensemble « des circonstances de l'espèce ». Dans l'hypothèse d'un risque réalisé sur le territoire français et en cas de dommages diffus, l'application de la règle de responsabilité se justifierait en considérant que les éléments pertinents sont rassemblés là où le fait générateur s'est produit⁴⁰⁵⁷. On pourrait même envisager que la règle de responsabilité soit réintroduite si le fait générateur comme les dommages survenaient dans un lieu n'appartenant à aucune juridiction, et qu'ainsi le lien d'imputation ou le siège d'exploitation de l'activité constitueraient le dernier lien de proximité⁴⁰⁵⁸. En revanche, cette clause ne suffirait pas à réintroduire la règle de responsabilité si le risque, même réalisé en un lieu fortuit, causait des dommages dont on identifierait avec certitude le lieu de survenance⁴⁰⁵⁹. Il serait certainement tentant pour un juge faisant face à une règle moins protectrice de chercher dans le lien d'imputation une « circonstance du fait dommageable » susceptible de caractériser un lien « manifestement » étroit. Néanmoins, le droit international privé ne l'autorise pas. Certes, l'article 16 du Règlement prévoit la possibilité de faire application des règles impératives (lois de police) du *for*. Cependant, alors qu'une réintroduction de la règle de responsabilité sur ce fondement imposerait au préalable que le juge français soit compétent, il appert que de telles lois sont rares dans le droit de la responsabilité civile⁴⁰⁶⁰. Il est de même possible que la *lex loci damni* soit écartée lorsqu'elle s'avère manifestement contraire à l'ordre public international du *for*⁴⁰⁶¹. Mais l'argument de l'ordre public international est également très restrictif. La position du juge français en témoigne, et ce

⁴⁰⁵⁶ C. BRIÈRE, « Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") », *JDI*, n°1, 2008, doct. 2., § 27.

⁴⁰⁵⁷ Voy. ainsi O. BOSKOVIC, « Règlement Rome II : obligation non contractuelle », *op. cit.*, § 46 soulignant que si des situations où aucune relation préexistante n'existe entre les parties peuvent se prêter parfaitement à l'application de la clause d'exception, l'affaire PIP (évoquée *supra* note 4042) en aurait fourni un parfait exemple. La Cour de cassation a abouti à l'application de la loi française en se fondant sur une localisation très contestable du dommage mélangé à cette considération du lien étroit. Elle aurait pu arriver à ce résultat en considérant qu'au regard de la multiplicité des dommages survenus dans des lieux différents, la loi française (loi du lieu du fait générateur) présentait toujours des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable. Voy. également pour comparaison la position qui avait celle de la Cour de cassation dans Cass. civ., 11 mai 1999, n°97-13.972, *Mobil North Sea*, *Bull. civ. I*, n°153 et Cass. civ., 27 mars 2007, n°05-10.480, *Bureau Veritas*, *Bull. civ. I*, n°132 dans lequel la Cour avait considéré, certes sous l'empire de la *lex loci delicti*, que « lorsque le lieu de réalisation du dommage est fortuit, il convient alors de rechercher le lieu du fait générateur [...] la loi française présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable, était applicable ».

⁴⁰⁵⁸ Dans cette hypothèse, on pourrait encore en recourir au lieu d'immatriculation du navire ou de l'engin s'ils devaient y en avoir d'impliqués : voy. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 628.

⁴⁰⁵⁹ Voy. O. BOSKOVIC, « Règlement Rome II : obligation non contractuelle », *op. cit.*, § 43 ; E. LOQUIN, « La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 », *op. cit.*, et sur les doutes que suscite cette clause d'exception P. BERLIOZ, « La clause d'exception » in O. BOSKOVIC et T. AZZI (dirs), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 189 et ss.

⁴⁰⁶⁰ La matière extracontractuelle n'est pas le terrain de prédilection des lois de polices, et la Cour de Justice de l'Union leur porte une appréciation relativement restrictive : voy. CJUE, *da Silva Martins*, 31 janvier 2019, aff. C-149/18, §§ 9, 35. Ainsi, pour la Cour de cassation, la loi de 1985 sur les accidents de la circulation n'est pas une loi de police : voy. Cass. civ. 1, 12 juillet 2001, n°99-10.889, *Bull. civ. I*, n° 219, p. 137. En revanche, elle a reconnu ce caractère à la loi concernant l'indemnisation des victimes d'infraction : Cass. civ. 2, 3 juin 2004, n° 02-12.989, *Bull. civ. II*, n° 265, p. 224. Plus récemment, c'est la qualité de police de la loi sur le devoir de vigilance qui a fait l'objet de débat, bien qu'il semble que cette qualité ne lui soit *in fine* pas attribuée : voy. O. BOSKOVIC, « Règlement Rome II : obligation non contractuelle », *op. cit.*, § 46 ; E. PATAUT, « Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé », *Dr Soc.*, 2017, p. 833.

⁴⁰⁶¹ Voy. *Règlement de Rome II*, art. 26 ; J. GUILLAUMÉ, « Ordre public international », *JCL Civil Code*, Fasc. 42, 2018. Il ne faut ainsi pas confondre les règles d'ordre public en droit interne et celle d'ordre public en droit international. Il est des règles de droit interne qui sont considérées comme d'ordre public, tel que cela est le cas de la loi de 1985 sur les accidents de la circulation. Cette dernière n'est cependant pas une règle d'ordre public international : voy. Cass. civ. 1, 22 janvier 1991, n°89-16.808, *Bull. civ. I*, n° 26, p. 16.

nonobstant l'évolution que l'on espérerait concernant une loi étrangère insusceptible d'autoriser une responsabilité *même sans faute* dans le domaine des activités à risque⁴⁰⁶².

Troisièmement, il serait des situations où la réalisation du risque caractérisant l'activité pourrait emporter une « atteinte à l'environnement », dans le contexte de laquelle l'article 7 du Règlement Rome II laisse la possibilité à la victime d'un tel dommage, ou d'un dommage corporel ou matériel subséquent, de fonder ses prétentions sur la *lex loci damni* ou sur la loi du pays dans lequel le fait générateur s'est produit. Ce choix laissé aux victimes, justifié tant par faveur que par le souci d'élever la protection de l'environnement⁴⁰⁶³, est néanmoins soumis à certaines conditions et limites. D'une part, les dommages corporels et matériels dont les victimes demandent réparation doivent résulter d'un dommage préalable causé à l'environnement par toute activité humaine⁴⁰⁶⁴. Le règlement, s'inspirant de la directive 2004/35, définit ainsi ce *primo* dommage comme « une modification négative d'une ressource naturelle telle que l'eau, les sols ou l'air, une détérioration d'une fonction assurée par cette ressource au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public, ou une détérioration de la diversité biologique »⁴⁰⁶⁵. D'autre part, quoique ce rattachement prévale sur une grande partie des

⁴⁰⁶² Dans l'arrêt *Lautour*, la Cour de Cassation avait posé le principe de la *lex loci delicti* « sous la seule réserve des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». Elle avait néanmoins refusé d'évincer l'application de la loi espagnole qui, à l'époque, ne retenait aucune présomption de responsabilité en matière d'accident de la circulation. Face à la multiplication des règles de responsabilité sans faute, un auteur avait pourtant pu soutenir l'idée que « qu'il ne serait donc pas absurde de soutenir qu'une telle présomption est devenue l'une des règles fondamentales de notre droit de la responsabilité, faisant obstacle à l'application d'une loi étrangère qui [...] l'exclurait » (M. BOUREL, *RCDIP* 1963, p. 552). La Cour de cassation a toutefois eu l'occasion de réitérer sa jurisprudence. En 1991, elle considérait ainsi que les dispositions de la loi yougoslave, « fondées sur l'idée de responsabilité pour faute [n'étaient] pas contraires à la conception française de l'ordre public international » : voy. Cass. civ. 1, 4 avril 1991, n°89-15.064, *Bull. civ. I*, n° 26, p. 16. Il en résulte que l'exigence par le droit étranger d'une faute prouvée ne heurterait a priori pas la conception française de l'ordre public international, même dans des situations où depuis longtemps le droit français a institué des présomptions au profit des victimes. De manière générale, il apparaît à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation que l'ordre public ne pourrait jouer que pour évincer une loi refusant toute forme de réparation ou n'accordant qu'une réparation dérisoire. Néanmoins, nous pensons que le cadre spécifique des activités à risque pourrait influencer cette position, quand la responsabilité *même sans faute* s'est vue expressément consacrée en droit international dans le cadre de certaines activités à risque, en témoigne parfaitement le régime de responsabilité civile nucléaire et les travaux de la Commission du droit international. Sur la conception de l'ordre public international en matière de responsabilité civile délictuelle et des jurisprudences relatives voy. G. LARDEUX, « Source extracontractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable », *op. cit.*, §§ 65-66 ; T. VIGNAL, *Droit international privé*, *op. cit.*, pp. 262-263 ; C. BRIÈRE, « Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 [...] », *op. cit.*, § 97 et H. SLIM, « Responsabilité délictuelle en droit international privé », *op. cit.*, § 40.

⁴⁰⁶³ En autorisant ce choix, les rédacteurs du texte ont voulu éviter une course vers le bas susceptible de protéger les pollueurs qui s'installent dans des pays à faible protection, mais également favoriser une justice distributive en autorisant la loi du fait générateur à régler l'intégralité des dommages susceptible d'en résulter (et d'ainsi éviter la « mosaïque » résultant de l'arrêt *Fiona Shevill*) : voy. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome 2") », *op. cit.*, p. 21 ; Règlement de Rome II, cons. 25 ; H. MUIR WATT, « Rome II et les "intérêts gouvernementaux" : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle » in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (dirs), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, *op. cit.*, pp. 129 et ss ; C. BOSKOVIC, « Les atteintes à l'environnement » in M. AUDIT, H. MUIR WATT ET E. PATAUT (dirs), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 195 et ss ou encore C. COSTA DE OLIVEIRA, *La réparation des dommages environnementaux en droit international : contribution à l'étude de la complémentarité entre le droit international public et le droit international privé*, Saarbrücken, Ed. Universitaires européennes, 2012, pp. 325 et ss.

⁴⁰⁶⁴ Voy. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome 2") », *op. cit.*, p. 20. On notera que le règlement de Rome II considère les dommages subis comme des dommages directs exprimant ainsi l'idée dommage en cascade telle qu'évoqué précédemment puisque d'une première atteinte « à l'environnement » résultent de nouvelles atteintes dans « la sphère » des victimes : voy. G. LÉGIER, « Le règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *op. cit.*, § 66 ; O. BOSKOVIC, « Droit international privé et environnement – Conflit de juridiction – Conflits de lois », *JCL Environnement et Développement durable*, fasc. 2030, 2014, § 48.

⁴⁰⁶⁵ Règlement Rome II, préambule § 24. En raison de l'inspiration que constitue la directive 2004/35, l'article 7 autoriserait l'action en réparation intentée par la puissance publique pour demander réparation des dommages écologiques *per se* (sans préjudice de la question de la recevabilité d'une telle demande devant le juge étranger) : voy. T. KADNER GRAZIANO, "The Law applicable to cross border damage to the environment. A commentary on article 7 of the Rome II Regulation", *Yearbook of private international law*, 2007, vol. IX, pp. 80 ss ; O. BOSKOVIC, « L'efficacité du droit international privé en matière environnementale » in O. BOSKOVIC (dir), *L'efficacité du droit de l'environnement, Mise en œuvre et sanctions*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 58 et ss.

dispositions du règlement⁴⁰⁶⁶, l'article 7 n'exclut pas l'application de l'article 17, ce qui a pu susciter la critique de ceux qui y ont vu un élément perturbateur⁴⁰⁶⁷. Dans la mesure où la règle de responsabilité du fait des activités à risque constitue une règle de responsabilité *même sans faute*, cet élément a peu d'incidence⁴⁰⁶⁸. Dès lors qu'un dommage environnemental est causé par la réalisation d'un risque sur le territoire français, la *lex loci damni* peut être évincée au profit de la règle de responsabilité. Les hypothèses sont alors nombreuses. Pour prendre l'exemple des activités de fusion, et en présumant de l'applicabilité du Règlement Rome II à ces dernières⁴⁰⁶⁹, un accident survenant sur une installation de fusion entraînant des rejets radioactifs dans l'air ou l'eau impliquerait sûrement « une modification négative de ces ressources naturelles » ou une « détérioration de [leur] fonction au bénéfice du public ». Certes, on ferait encore face à des limites conjoncturelles. D'abord, tout dommage causé par une activité à risque n'est pas nécessairement un dommage environnemental : le caractère transfrontière, même catastrophique, n'implique pas automatiquement l'atteinte à l'environnement⁴⁰⁷⁰. Ensuite, en visant la loi du fait générateur ou celle du dommage, l'application de l'article 7 ne permet pas de résoudre le cas d'une réalisation du risque survenue à l'étranger alors que l'activité serait exploitée en France. Si le cas d'une exploitation par une société mère située à l'étranger est ici souvent visé⁴⁰⁷¹, tel pourrait également être le cas d'un dommage survenant au cours du transport de substances radioactives en provenance d'une installation de fusion. Enfin, le choix étant *in fine* laissé à la victime, il subsisterait une « mosaïque » de lois applicables faisant regretter l'harmonisation du régime de responsabilité civile nucléaire⁴⁰⁷².

Quatrièmement, l'article 14 du Règlement Rome II laisse la possibilité aux parties de « choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle par un accord postérieur à la survenance du fait générateur de dommage » même en l'absence de tout lien de rattachement⁴⁰⁷³ (mais pas nécessairement en présence de tout lien de rattachement⁴⁰⁷⁴). Il faut que ce choix soit « exprès ou résulte de façon certaine des circonstances » et qu'il ne préjudicie par les tiers⁴⁰⁷⁵. Respectueux du principe de l'autonomie des parties et confirmant la disponibilité des droits de créances résultant de la responsabilité, ce choix laissé aux parties a néanmoins suscité l'interrogation dès lors qu'il supplée à bon nombre règles de

⁴⁰⁶⁶ L'application de l'article 7 écarte l'application de l'article 4§2, de l'article 4§3 ainsi que les dispositions spécifiques relatives, par exemple, aux produits défectueux, ce qui se justifie par rapport au lien particulièrement fort qui unit le lieu dommage à la situation juridique : G. LÉGIER, « Le règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *op. cit.*, §§ 67-69 ; G. LARDEUX, « Source extracontractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable », *op. cit.*, § 79. En revanche, la règle de conflit ne jouera pas dans tous les cas où des règles matérielles uniformes existent, comme cela est le cas en matière nucléaire dont on sait pourtant que la réparation du dommage environnemental ne constitue pas la priorité.

⁴⁰⁶⁷ Voy. O. BOSKOVIC, « Droit international privé et environnement », *op. cit.*, § 51 ; H. MUIR WATT, « Rome II et "les intérêts gouvernementaux" : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », *op. cit.* ; C. COSTA DE OLIVEIRA, *La réparation des dommages environnementaux en droit international*, *op. cit.*, pp. 425 et ss ou encore E. ALVAREZ-ARMAS, « Le contentieux international privé en matière de changement climatique à l'épreuve de l'article 17 du règlement Rome II : enjeux et perspectives », *Rev. droit intern. Assas*, 2020, n° 10.

⁴⁰⁶⁸ Sur sa non-application à la responsabilité sans faute : voy. O. BOSKOVIC, « Droit international privé et environnement », *op. cit.*, § 51.

⁴⁰⁶⁹ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2, A.

⁴⁰⁷⁰ Voy. T. BALLARINO, « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », *RCADI*, vol. 220, pp. 293 et ss.

⁴⁰⁷¹ Voy. O. BOSKOVIC, « Droit international privé et environnement », *op. cit.*, § 50.

⁴⁰⁷² Voy. O. BOSKOVIC, « Droit international privé et environnement », *op. cit.*, § 48 soulignant que ce risque est accru dans le cadre de l'article 7 dès lors que pour un même événement, on pourrait opérer un dépeçage du préjudice écologique pur et des dommages corporels et matériels subséquents.

⁴⁰⁷³ Voy. E. LOQUIN, « La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juillet 2007 ("Rome II") », *op. cit.* et

⁴⁰⁷⁴ Voy. *Règlement Rome II*, art. 14§2 et G. LÉGIER, « Le règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *op. cit.*, § 96 soulignant que « les parties ne peuvent pas transformer complètement une situation nationale en une situation internationale ».

⁴⁰⁷⁵ *Règlement Rome II*, art. 14.

rattachement, notamment celle de l'article 7⁴⁰⁷⁶. Certains ont également soulevé, à juste titre, qu'un accord sur le choix de la loi applicable était peu probable en matière de responsabilité civile délictuelle, compte tenu de la divergence d'intérêts susceptible d'y subsister⁴⁰⁷⁷. On y voit pourtant, pour notre part, un mécanisme pouvant constituer un facteur de centralisation de la responsabilité des exploitants du fait d'activités à risque. Que le risque soit réalisé ou non en France, tant que l'exploitant est attiré devant les juridictions françaises, le choix de la loi du *for* permettrait une centralisation du contentieux autorisant à toutes les victimes d'être traitées selon la même règle de responsabilité, voire à entrouvrir la possibilité d'une action de groupe transfrontière⁴⁰⁷⁸. Sur ce point la seule limite consiste dans le fait que le choix ne doit pas préjudicier au tiers, c'est-à-dire bien souvent l'assureur. Ce dernier ne doit *a priori* pas être tenu au-delà ce que prévoit la règle « objectivement » applicable⁴⁰⁷⁹. Dans cette hypothèse, l'unification du contentieux et du droit applicable peut donc se voir opposer la nécessité assurantielle⁴⁰⁸⁰.

901. Constat intermédiaire. Le constat final concernant l'applicabilité de la règle de responsabilité est donc quelque peu mitigé et nous fait regretter la simplicité du régime de responsabilité civile nucléaire. Certes, nous n'avons pu établir là qu'un faible panorama de toutes les difficultés que peut engendrer une responsabilité du fait des activités à risque. Alors que notre imaginaire limite toutes les possibilités d'extranéité susceptibles de survenir, la souplesse de la règle de responsabilité ne nous autorise pas à présager du panel de situations qu'elle serait, sous l'influence de l'intervention du juge, amener à régir. Surtout, parce que la loi applicable dépendra nécessairement soit du fait générateur, soit du dommage, la qualification que portera le juge sur le risque réalisé et son appréhension de la survenance spatiale et temporelle du dommage ne pourra qu'influer la portée de sa décision à l'endroit de la loi applicable, aussi surprenante qu'elle puisse être⁴⁰⁸¹. Il est d'ailleurs tout à fait probable que le juge décide d'interpréter la clause d'exclusion des dommages nucléaires du Règlement Rome II comme applicable aux dommages causés par les activités de fusion nucléaire, ramenant alors à l'application du droit international privé étatique : pour le juge français, la *lex loci*

⁴⁰⁷⁶ Voy. O. BOSKOVIC, « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639 ; G. LÉGIER, « Le règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *op. cit.*, §§ 88 et ss ; G. LARDEUX, « Source extracontractuelle des obligations – Détermination de la loi applicable », *op. cit.*, §§ 41 et ss. Certains ont ainsi pu s'étonner de la possibilité laissée à la victime et au responsable du dommage environnemental de se mettre d'accord sur la loi applicable et de choisir une loi autre que celle du lieu du fait générateur au regard aux objectifs assignés à la règle de conflit adoptée en la matière : voy. O. BOSKOVIC, « Droit international privé et environnement », *op. cit.*, § 52 ; « Règlement de Rome II : obligation non contractuelle », *op. cit.*, § 79 ; F. GIANSETTO, « Le droit international à l'épreuve des nouveaux contentieux en matière de responsabilité climatique », *JDI* 2018, doct. 6, p. 507, sp. p. 527 ;

⁴⁰⁷⁷ C. BRIÈRE, « Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *op. cit.*, § 38.

⁴⁰⁷⁸ Voy. *infra* Section 2, § 2.

⁴⁰⁷⁹ Voy. Commission des communautés européennes, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome 2") », *op. cit.*, p. 24 ; O. BOSKOVIC, « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *op. cit.*, p. 1639 ; G. LÉGIER, « Le règlement "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *op. cit.*, § 88 ; E. LOQUIN, « La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juillet 2007 ("Rome II") », *op. cit.* et pour une décision en ce sens en droit français Cass. civ. 1, 22 février 2005, n°02-17.587, *Bull. civ. I*, n° 90, p. 79.

⁴⁰⁸⁰ Voy. toutefois T. KADNER GRAZIANO, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 445 relevant que « si une personne assurée cause un dommage transfrontalier et si cette personne en informe son assureur tout en respectant ses obligations contractuelles ou légales envers ce dernier, on peut imaginer que, selon le droit matériel applicable, l'assureur doit informer l'assuré qu'il s'oppose à un éventuel choix d'un droit applicable qui serait différent de celui désigné par le règlement Rome II. Si l'assureur omettait une telle indication, on pourrait imaginer qu'il perde la possibilité d'invoquer l'article 14, alinéa 1 *in fine*, du règlement Rome II ».

⁴⁰⁸¹ En a témoigné le contentieux des prothèses PIP évoqué dans les notes *supra* 4042 et 4057.

delicti. Pourtant, le bilan final ne doit pas être négatif car il reste à évaluer le bénéfice qu'apporterait réciproquement la règle de responsabilité à la problématique des risques transfrontières.

b. Le risque transfrontière révélateur de l'opportunité de la règle de responsabilité

902. L'intérêt direct de la règle de responsabilité. À plusieurs égards, la mise en œuvre de la responsabilité est révélatrice de l'apport de la règle de responsabilité dans la problématique du risque transfrontière. Le premier réside dans la possibilité, grâce au jeu des règles du Règlement de Rome II, d'appliquer la règle de responsabilité à la faveur des victimes qui subiraient, sur le territoire français, un dommage résultant d'une activité à risque où que se situe sa cause. À partir du moment où la règle repose sur une responsabilité *même sans faute*, l'avantage retiré serait considérable pour les victimes qui pourraient, en sus, bénéficier d'une mise à l'écart du jeu de l'article 17. Or, si cela peut s'avérer rigoureux pour certains exploitants étrangers, il reste que la responsabilité *même sans faute* a toujours été, pour nous, une condition *sine qua non* de la responsabilité du fait des activités à risque telles que les activités de fusion, et ce depuis l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire⁴⁰⁸². Si cela doit emporter la critique, il reste que cette solution n'est, en dernier lieu, que la contrepartie des règles du Règlement Rome II et du risque transfrontière. À l'égard de nombreux pays où il n'existe pas de principe général de responsabilité du fait des choses, mais des cas de responsabilité attachés à certaines activités ou certaines choses dangereuses, il est bien arrivé que le juge français, alors juge du *for*, doive en faire application⁴⁰⁸³. Ainsi, aux termes de l'article 4§1 (et sous réserve du jeu de l'article 4§2), la règle de responsabilité s'appliquerait dès lors que les dommages seraient subis sur le territoire français, et ce indépendamment du fait :

- *que le risque se soit réalisé sur le territoire français*
- *que le risque se soit réalisé à l'étranger, mais ait causé des dommages sur le territoire français n'ayant été, pour ainsi dire, que la conséquence de ses effets diffus ;*
- *que l'activité à risque en cause ait son « siège d'exploitation » en France ;*
- *que l'activité à risque en cause ait son « siège d'exploitation » à l'étranger.*

Le dommage étant le seul critère de rattachement, tout dommage subi sur le territoire français et causé par une activité à risque tombera sous l'empire de la règle de responsabilité. Par application de l'article 7, la règle pourra ensuite s'appliquer à tous les dommages environnementaux et *subséquents* survenus sur le territoire français, et à tous les dommages environnementaux et *subséquents* causés par la réalisation d'un risque survenu sur le territoire français. Par application de la règle de l'article 4 § 3 ou de l'article 14, la règle de responsabilité pourra enfin s'appliquer à chaque fois que le principe de connexité pourra le commander ou que les parties en auront convenu.

⁴⁰⁸² Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2 et conclusion.

⁴⁰⁸³ Voy. pour des exemples jurisprudentiels en ce sens H. SLIM, « Responsabilité délictuelle en droit international privé », *op. cit.*, § 46.

On constate alors qu'en dépit des hypothèses dans lesquelles la règle de responsabilité peut être mise en échec à l'endroit des activités à risque françaises causant des dommages à l'étranger, elle peut réciproquement trouver à s'appliquer de façon à protéger les victimes situées sur le territoire français des activités à risque étrangères. À cet égard, il reste encore un dernier apport de la règle de responsabilité que nous proposons. C'est celle de la possibilité, par son application, d'autoriser à rechercher le véritable exploitant de l'activité à risque, fût-il une société mère. Quand bien même la réalisation d'un risque sur le territoire français d'une activité y ayant « sa résidence » ne causerait que des dommages sur le territoire français, la situation ne serait pas dénuée de toute extranéité si l'activité était celle d'une filiale « fictive » dont la société mère, véritable exploitant, se trouve à l'étranger. La règle de responsabilité pourra ainsi autoriser à rechercher sa responsabilité⁴⁰⁸⁴. De tout cela, il ressort le véritable intérêt de la règle de responsabilité dans la réception du risque transfrontière.

903. L'apport indirect de la règle de responsabilité sur la réception du risque transfrontière. Le bilan étant apparu de prime abord plutôt pessimiste, il paraît relativement positif au terme de ce développement. Assurément, nous avons pu constater que la responsabilité de l'exploitant français pourra être mise en échec à l'égard des victimes étrangères en cas d'accident transfrontière. Nous n'avons pas de solutions à proposer dans l'immédiat. En effet, pallier cette difficulté imposerait une révision de la matière au sein même de l'Union européenne, voire un projet unificateur de droit international alors que l'on a déjà pu constater l'échec en résultant lorsque devait être appréhendées les activités à risque dans leur globalité⁴⁰⁸⁵. Pourtant, un second constat, qui ressort de cette étude, confirme une hypothèse précédemment énoncée. C'est celui selon lequel la règle de responsabilité participe à améliorer le sort des victimes subissant les effets transfrontières des activités à risque, que ces dommages soient subis sur le territoire français ou qu'ils soient la conséquence d'un dommage environnemental y ayant trouvé sa cause. Ainsi, si l'impuissance du droit international à réceptionner la problématique des dommages causés par les activités à risque a guidé notre recherche vers l'établissement d'une règle de droit interne, ce choix apparaît de nouveau opportun. En ajoutant une pierre à l'édifice des règles nationales visant la réception des activités à risque, cette règle participe à la construction d'un mur de législations harmonisées dont il n'est pas vain d'espérer qu'il sera, un jour, dressé pour faire face aux dommages transfrontières causés par les activités à risque, telles les activités de fusion.

2. L'influence du facteur spatial sur la détermination du tribunal compétent

904. Une détermination relative aux enjeux de l'application de la règle de responsabilité. Si la question du risque transfrontière questionne le droit substantiel applicable à l'action en responsabilité, la question de la détermination du tribunal devant lequel cette action sera introduite présente également un intérêt certain. Il suffit pour s'en convaincre de renvoyer vers l'exemple du régime de

⁴⁰⁸⁴ Comparez avec les difficultés de droit international privé dans le cadre du devoir de vigilance : voy. notamment O. BOSKOVIC, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.* 2016, p. 385 ; E. PATAUT, « Le devoir de vigilance – Aspect de droit international privé », *op. cit.*

⁴⁰⁸⁵ Voy. outre le cas de la Convention de Lugano, *supra* Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2.

responsabilité civile nucléaire. Cependant, le problème apparaît ici différent, mais non moins prégnant. Dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, la détermination d'un tribunal unique constitue une contrepartie de la limitation de la responsabilité de l'exploitant dans son *quantum*⁴⁰⁸⁶. Une telle limitation n'est pas prévue dans le cadre de la règle de responsabilité du fait des activités à risque. Dès lors, si la question du tribunal compétent surgit ici, c'est qu'elle relève davantage de considérations tenant véritablement à un traitement équitable et uniforme des victimes, et, plus généralement, à la complexité que suscitent certains aspects de la mise en œuvre de la règle de responsabilité du fait des activités.

905. Plan. Pour cela, la question ne se limite pas à une appréhension strictement internationale du tribunal compétent. S'il s'agit assurément de revenir sur cette problématique par le prisme du droit international privé (a.), une étude de la juridiction compétente en droit interne n'est pas à éluder. Elle permet de mettre en exergue les difficultés susceptibles de survenir dans l'hypothèse de la réalisation d'un risque purement interne (b.).

a. Des difficultés surgissant dans l'ordre interne

906. La pluralité de fors éligibles comme facteur d'un éclatement du contentieux. La compétence est l'aptitude reconnue à une juridiction de connaître d'un litige⁴⁰⁸⁷. Parce que « dire d'une juridiction qu'elle est compétente, c'est dire implicitement qu'elle l'est à l'exclusion d'autres juridictions », il existe une répartition de la matière litigieuse entre les juridictions en droit interne⁴⁰⁸⁸. La compétence d'une juridiction peut se déterminer suivant l'ordre, le degré, la nature ou encore le lieu de cette dernière. Dans le cadre de ce propos sur l'influence du facteur spatial sur la mise en œuvre de la responsabilité, c'est naturellement la compétence *ratione personae vel loci* du tribunal qui nous intéresse ; et ce d'autant plus que la compétence d'attribution des tribunaux judiciaires doit être admise quand bien même l'exploitant serait une personne publique⁴⁰⁸⁹. Sur ce point, les règles gouvernant la compétence territoriale des tribunaux judiciaires français sont proches de celles que nous avons déjà eu l'occasion d'observer brièvement dans le droit international privé⁴⁰⁹⁰. Conformément à l'adage *actor sequitur forum rei*, une compétence de principe revient à la juridiction du lieu où demeure le défendeur au jour de l'assignation⁴⁰⁹¹. Visant le lieu du domicile ou de la résidence en ce qui concerne les personnes physiques, elle s'étend au lieu d'établissement du siège social pour les personnes morales, voire, en cas de « siège social fictif », au lieu où les activités de direction ont réellement lieu⁴⁰⁹² ou encore au lieu

⁴⁰⁸⁶ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

⁴⁰⁸⁷ H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 2, Paris, Sirey, 1973, p. 1.

⁴⁰⁸⁸ M. DOUCHY-LOUDOT, « Compétence », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2020, § 1.

⁴⁰⁸⁹ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1.

⁴⁰⁹⁰ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

⁴⁰⁹¹ Voy. *Code de Procédure civile*, art. 42 ; Cass. civ. 2, 25 février 1971, n°70-10.223, *Bull. civ. II*, n°66, p. 47. C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 35^{ème} ed, Paris, Dalloz, 2020, pp. 1134-1137 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2021, pp. 327 et ss ou encore A. LE BAYON, « Compétence territoriale en matière civile », *JCL Procédure civile*, fasc. 600-80, 2021, §§ 68 et ss.

⁴⁰⁹² Voy. Ch. req., 26 novembre 1906 ; S. 1909, 1., p. 393, note PERROUD ; Cass. civ. 2, 24 avril 1981, n°79-16.880, *Bull. civ. II*, n°104.

où celles-ci disposent d'une « gare principale »⁴⁰⁹³. Par ailleurs, le droit procédural français prévoit des aménagements propres aux dommages causés par un délit civil. Dans cette hypothèse, l'action peut également être portée devant le tribunal du lieu « du fait dommageable ou dans le ressort duquel le dommage a été subi »⁴⁰⁹⁴. Le fait dommageable s'entend aujourd'hui du fait générateur⁴⁰⁹⁵ et le lieu du dommage subi comme le « lieu où le dommage est survenu » ou « qu'il a pris naissance »⁴⁰⁹⁶. Ainsi, outre cette sempiternelle difficulté liée à l'identification du lieu de survenance du dommage dans le cadre des activités à risque⁴⁰⁹⁷ et les incertitudes tenant à la situation des victimes par ricochet⁴⁰⁹⁸, il faut souligner qu'il résulte de cette option la survivance de trois ressorts de juridictions compétentes, et donc un éclatement potentiel du contentieux peu appréciable dans la matière nous occupant.

Quoique certaines affirment souvent l'existence d'une coïncidence entre la juridiction du lieu du fait dommageable et celle dans le ressort duquel le dommage a été subi, force est d'admettre que cette situation n'est pas celle susceptible de toujours se produire dans le cas d'un dommage causé par une activité à risque. Les hypothèses qui ont été envisagées à l'endroit du risque transfrontière ne sont en effet pas exclusives des frontières étatiques. Ainsi, on peut imaginer que la réalisation du risque nucléaire de fusion emporte des effets se transportant au-delà des « frontières » juridictionnelles du droit français⁴⁰⁹⁹. Au-delà des quelques difficultés pratiques en résultant, c'est surtout l'incidence de

⁴⁰⁹³ En vertu de la jurisprudence dite « des gares principales » une personne morale peut être assignée (la règle ne profite qu'au demandeur) devant une juridiction dans le ressort de laquelle elle dispose d'une succursale ayant les pouvoirs de la représenter à l'égard des tiers, dès lors que le litige se rapporte à son activité ou que les faits générateurs de responsabilité se sont produits dans le ressort de celle-ci : Cass. civ., 15 avril 1893 ; *DP* 1894, 1. p. 539 ; Cass. civ. 2, 20 octobre 1965, *Bull. civ. II*, n°762 ; Cass. civ. 2, 29 janvier 1992, n°90-18258, *Bull. civ. II*, n°35, p. 17 ; CA Lyon, 18 février 2014, n° 13/07989, et plus généralement A. LE BAYON, « Compétence territoriale en matière civile », *op. cit.*, §§ 82-90.

⁴⁰⁹⁴ *Voy. Code de procédure civile*, art. 46.

⁴⁰⁹⁵ *Voy. Cass. civ. 2*, 17 octobre 2017, n°16-22353 ; Cass. civ. 2, 24 février 1982, n°80-15.927 ; A. LE BAYON, « Compétence territoriale en matière civile », *op. cit.*, §§ 160-162 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 11432 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, p. 334 ; M. DOUCHY-OUUDOT, « Compétence », *op. cit.*, § 89.

⁴⁰⁹⁶ Cass. civ. 2, 28 février 1990, n°88-11.320, *Bull. civ. II*, n°46, p. 25 ; Cass. civ. 2, 14 mai 1997, n°95-12.912, *Inédit.* ; Cass. civ. 2, 6 octobre 2005, n°02-20.187, *Bull. civ. II*, n°236, p. 211 ; A. LE BAYON, « Compétence territoriale en matière civile », *op. cit.*, §§ 160-162 ; M. DOUCHY-OUUDOT, « Compétence », *op. cit.*, § 88.

⁴⁰⁹⁷ Fixer le lieu de survenance du dommage peut en effet se révéler compliqué car susceptible d'interprétation suivant la complexité de certains délits : *voy. A. LE BAYON, « Compétence territoriale en matière civile », op. cit., § 164 ; P. LE TOURNEAU (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit., p. 2192 ; S. GUINCHARD (dir.), Droit et pratique de la procédure civile, op. cit., p. 334. Surtout, il peut varier selon que l'on prend en compte le dommage ou le préjudice. La doctrine considère parfois, peut-être par abus de langage, que le lieu de survenance du dommage constitue le lieu « où naît le préjudice » : *voy. pour exemple M. DOUCHY-OUUDOT, « Compétence », op. cit., § 88 ; D. CHOLET in S. GUINCHARD (dir.), Droit et pratique de la procédure civile, op. cit., p. 334. La Cour considère toutefois que le lieu du dommage ne peut être celui où sont mesurées les conséquences financières de ce dernier, ce qui tend à confirmer que c'est bien le dommage qui est pris en considération : Cass. civ. 2, 28 févr. 1990, n°88-11.320, Bull. civ. II, n°46, p. 25 ; F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage du préjudice ? », op. cit., § 21. Cette interprétation semble encore confirmée à la lecture d'un arrêt dans lequel la Cour avait considéré que « cette triple option se ramène à une simple alternative lorsque le lieu du fait dommageable est celui où la victime a été atteinte » : Cass. civ. 2, 27 janvier 1982, *Inédit ; Gaz. Pal.* 1982, 2, p. 365. Cela pourra enfin être confirmée par la situation des victimes par ricochet comme vu ci-dessous.**

⁴⁰⁹⁸ La doctrine considère, à l'appui d'un arrêt de 1984, que les victimes par ricochet sont supposées subir leur préjudice au lieu du fait dommageable. L'emploi de la notion est de nouveau peu clair et entretient le doute sur le fait qu'il s'agisse du fait générateur ayant causé le dommage immédiat ou le lieu de survenance de ce dernier : *voy. pour exemple P. LE TOURNEAU (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit., p. 2193* soulignant que « ce dommage est subi au lieu même du fait dommageable » et M. DOUCHY-OUUDOT, « Compétence », *op. cit.*, § 89 : « le dommage des ayants droit de la victime [...] est toujours subi au lieu même du fait dommageable ». A la lecture de la jurisprudence, on pense cependant que la Cour prend en considération le lieu de survenance du dommage immédiat, lequel constituerait ainsi comme « le fait dommageable » du préjudice par ricochet : *voy. notamment Cass. civ. 2*, 11 janvier 1984, n°82-14587, *Bull. civ. II*, n°2 et rapprochez Cass. civ. 1, 28 octobre 2003, n°00-18.794, n°00-20.065, *Bull. civ. I*, n°219, p. 172.

⁴⁰⁹⁹ La réalisation d'un risque peut entraîner des dommages diffus sur le territoire national et dans des ressorts juridictionnels différents. Elle ne surviendra pas toujours au domicile de l'exploitant, qu'il soit siège social ou « gare principale ». Enfin, cette réalisation peut être « continue » ou « discontinuée » si bien qu'il en ressortirait plusieurs faits générateurs successifs un fait générateur dont on peinerait à distinguer le lieu de survenance : *voy. notamment sur cette difficulté B. DUBUISSON, « Les dommages en série – responsabilité, assurance et indemnisation », RGAR, 2015, vol. 88, 15182, n°12. Dans cette dernière hypothèse, il appartiendrait toujours au juge d'identifier le lieu de réalisation du risque ou de recourir à la fiction juridique. Ce dernier pourrait même considérer que le fait générateur est survenu en plusieurs endroits, bien que cela puisse rendre plus épineux encore le problème : *voy. sur ce point S. GUINCHARD (dir.), Droit et pratique de la procédure civile, op. cit., p. 334**

l'éclatement du contentieux qui emporte ici le doute sur l'effectivité de la mise en œuvre de la responsabilité.

907. Un éclatement du contentieux susceptible d'influer l'effectivité de la règle de responsabilité.

Le vrai problème susceptible de ressurgir de la concurrence de ces trois *fors* de compétence est la possibilité que les victimes d'un même fait générateur se retrouvent à introduire leur demande devant une infinité de tribunaux différents. Ainsi, comme pour le facteur temporel, il pourra en résulter un traitement inéquitable de l'exploitant comme des victimes selon la qualification qui sera apportée par le juge à leurs situations. À la différence du régime de responsabilité civile nucléaire, qui encadre dans des limites strictes, bien qu'imparfaitement définies, la réparation des victimes et consacre de surcroît un principe de non-discrimination⁴¹⁰⁰, la règle de responsabilité laisse une grande marge d'appréciation au juge. Ce risque de divergence constitue de nouveau et certainement la contrepartie de la souplesse et de l'évolutivité de la règle de responsabilité. Plus encore, on peut arguer d'un avantage pour la règle de responsabilité de décisions concomitamment divergentes, ce qui différencie la situation présentement envisagée de celle vue à l'endroit du facteur temps, et l'y ramène dans le même temps. En effet, si les juges du fond sont souvent considérés comme « les véritables laboratoires du droit vivant »⁴¹⁰¹, c'est que les grands débats et la consécration de solutions inédites naissent bien souvent d'une divergence de leur position. Parce que la jurisprudence des juges du fond prépare en amont les interprétations de la Cour de cassation, des oppositions de qualification pourraient ainsi participer à la fabrique et l'affinement de la règle de responsabilité⁴¹⁰², dont il conviendra par la suite de mesurer les répercussions pour les victimes « tardives ». « Symptôme normal, bien qu'un peu irritant », la divergence contribue « donc à l'équilibre dynamique de l'ordre juridique et, sans aucun doute, en un certain sens au progrès du droit »⁴¹⁰³. Pour cela, la Cour européenne des droits de l'homme considère que les divergences de décision des juges du fond ne constituent que « la conséquence inhérente à tout système judiciaire qui, à l'instar du modèle français, repose sur un ensemble de juridictions de fond ayant autorité sur leur ressort territorial », et s'est refusé de les condamner en tant que telles⁴¹⁰⁴. On ne peut toutefois retenir ce seul apport, car cela nous ramènerait à ne percevoir, comme le juge suprême, la situation des victimes d'activités à risque telles les activités de fusion, que sous « l'angle abstrait de la question du droit ». Or, à la différence de ce dernier, le chercheur est également autorisé à « pratiquer une pesée humaine de la solution en droit » et à rester « sensible à une perception concrète des difficultés »⁴¹⁰⁵. La réalité de l'iniquité susceptible de résulter de la situation dans laquelle ces personnes victimes ou exploitant, unies par un même fait générateur

⁴¹⁰⁰ Et ce bien que la conciliation du respect de principe avec les règles du droit international privé ait pu questionner : voy. § 735.

⁴¹⁰¹ F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1563

⁴¹⁰² Voy. P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 24.

⁴¹⁰³ H. CROZE, « Le traitement des divergences de jurisprudence » in P. ANCEL, M-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 221.

⁴¹⁰⁴ En réponse au législateur français invoquant l'existence de divergence entre les juges du fond comme impérieux motif nécessitant une intervention, elle avait ainsi pu ainsi ajouter que « le rôle de la Cour de cassation étant précisément de régler les contradictions de jurisprudence, on ne saurait préjuger de ce qu'aurait été sa décision, en présence de cette contrariété de jugement, sans l'intervention de la loi litigieuse ». Ainsi, quand cette dernière condamne les divergences de jurisprudences, elle focalise davantage son analyse sur le rôle que les juridictions suprêmes sont amenées à jouer pour les résoudre et ne pas être elles-mêmes créatrices de ces dernières : CEDH, *Zielenski et Pradal et Gonzales et a. c. France*, arrêt du 28 octobre 1999, req. n°24846/94, § 59 ; CEDH, *Cantoni c. France*, arrêt du 15 novembre 1996, req. n°17862/91, § 34 et P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 155.

⁴¹⁰⁵ R. LIBCHABER, « Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? », *op. cit.*, p. 226

et soumises à la même loi, pourraient voir l'appréciation de leurs situations diverger, non plus en raison de la seule date de naissance de leur créance de réparation, mais en raison du seul fait que leurs actions concomitantes relèveraient de la compétence de juges différents, doit donc être envisagée⁴¹⁰⁶. Cela est d'autant plus prégnant que le mécanisme de la connexité ne suffirait pas à en effacer l'existence de cette iniquité⁴¹⁰⁷. Dans ce contexte, il y a donc certainement matière à questionner la possibilité d'instaurer un *for* unique devant lequel les victimes devront introduire leurs demandes, et qui autorisera même, par principe, une jonction infinie d'instances⁴¹⁰⁸. En effet, au-delà des mécanismes susceptibles de les réguler⁴¹⁰⁹, il faut surtout constater que « le nombre de divergences est proportionnel au nombre de juridictions. Corollaire : s'il n'y a qu'une juridiction, il n'y a pas de divergence de jurisprudence, en tout cas pas synchronique »⁴¹¹⁰. Le problème étant alors de déterminer ce *for* et d'en identifier les conséquences.

Si l'on peut d'ores et déjà exclure le lieu de la survenance du dommage, lequel est propre à chaque victime, il subsiste le lieu du domicile du défendeur ou le lieu de réalisation du fait générateur, c'est-à-dire le lieu de réalisation du risque anormal. Or l'un comme l'autre présente des difficultés. D'un côté, le lieu de réalisation du fait générateur peut être délicat à déterminer et oblige à présumer du lieu unique de sa survenance. Tel serait le cas si la réalisation du risque nucléaire de fusion s'opérait de manière diffuse durant un transport de substances radioactives. D'un autre côté, il se peut que le défendeur, exploitant *ratione materiae*, soit une société mère située à l'étranger. On peut cependant penser, sous réserve de la validation de cette vision par les règles du droit international privé, que la

⁴¹⁰⁶ Voy. P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 22 : « l'interprétation des juges du fond est plus facilement susceptible de divergences sur le territoire, divergences venant empêcher l'émergence d'une position "constante" : l'absence de généralité d'une telle interprétation [...] rompt l'égalité des justiciables devant la loi ».

⁴¹⁰⁷ Le mécanisme de la connexité, consacré à l'article 101 du *Code de procédure civile*, pourrait, de prime abord, autoriser à réceptionner cette hypothèse dès lors qu'il autorise un juge à se dessaisir d'une affaire au profit d'un autre juge qui connaîtrait également un litige lui présentant un lien tel qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de faire instruire et de juger les deux affaires ensemble. Guidé par l'idée de bonne administration de la justice et créer pour éviter de rendre des solutions inconciliables ou contradictoires (L. CADIET, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation*, 2013, p. 13), le mécanisme diffère de la litispendance, qui impose que soient cumulés une identité de parties, une identité d'objet et une identité de cause. Il reste néanmoins soumis à des conditions qui en limite l'efficacité. D'abord, la notion de connexité est laissée à la discrétion et à l'appréciation souveraine des juges du fond qui sont alors seuls juges des circonstances propres à l'établir : Cass. 1^{re} civ., 6 février 1974, n°72-12.619, *Bull. civ. I*, n° 46, p. 40 ; Cass. civ. 1, 19 avril 1983, n° 82-12.343, *Inédit* et Cass. civ. 1, 26 mai 1982, *Bull. civ. I*, n° 199. Elle n'est « qu'une simple faculté pour les tribunaux » (Cass. civ. 1, 20 octobre 1987, n°85-18.877, *Bull. civ. I*, n°275, p. 198) et le juge n'est pas tenu de la relever d'office. Ensuite, la notion de connexité implique que les affaires soient *pendantes* devant des juridictions distinctes. Il n'y a donc pas lieu à renvoi pour cause de connexité quand l'instance introduite devant la juridiction saisie en premier lieu a déjà pris fin par un jugement sur le fond au moment où la juridiction saisie en second lieu se prononce sur l'exception (Cass. civ. 2, 21 décembre 2000, n° 99-13.816, *Inédit*). Il en résulte l'obligation d'un caractère simultané de la saisine des juridictions, qui dans le cadre d'un contentieux du fait d'une activité à risque, pourrait ne pas être satisfait, et ce au-delà même de la question des dommages différés qu'elle pourrait impliquer. Enfin, et surtout, parce que l'article 101 du Code de procédure civile vise l'hypothèse dans laquelle les affaires sont portées devant « deux juridictions distinctes », il été admis que le mécanisme ne pouvait s'appliquer lorsque plus de deux juridictions sont saisies : CA Limoge, 12 octobre 1993 ; *D.* 1993, p. 233. Sauf à imaginer une « connexité en cascade », ce qui serait excessivement dilatoire, on comprend dès lors que le mécanisme présente un intérêt très relatif dans le cadre du propos nous intéressant. Voy. plus généralement sur ce mécanisme L. CADIET, « Connexité », *Répertoire de procédure civile*, 2019 ; C. TIRVAUDEY-BOURDIN, « Compétence – Exception de litispendance et de connexité », *JCL Procédure civile*, fasc. 600-95, 2021 ; S. GUINCHARD (dir), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, pp. 397 et ss.

⁴¹⁰⁸ Voy. *Code de procédure civile*, art. 367. La jonction d'instance est la mesure par laquelle une juridiction réunit des instances pendantes devant elle pour les instruire ou juger ensemble selon le même principe et suivant les mêmes indices que la connexité. Elle permet au juge d'avoir une vue d'ensemble du litige, simplifie sa tâche et évite la contrariété de décisions. Non soumise, à la lecture de l'article 367, à un nombre maximum, elle représenterait donc un certain intérêt dans le cadre du contentieux des activités à risque, notamment en ce qu'elle permet d'instruire les simultanément les litiges joints et de rendre des décisions communes, comme il le sera détaillé *infra*.

⁴¹⁰⁹ On pensera ainsi à la procédure de l'avis tel que proposé par l'article 1031 du *Code de procédure civile*. Sur des propositions de *lege ferenda*, voy. également H. CROZE, « Le traitement des divergences de jurisprudence », *op. cit.*, pp. 207-222.

⁴¹¹⁰ H. CROZE, « Le traitement des divergences de jurisprudence », *op. cit.*, p. 217.

jurisprudence des gares principales permette de pallier cette difficulté⁴¹¹¹. De plus, la difficulté de déterminer l'exploitant *ratione materiae* justifiera que l'on établisse une présomption sur ce point⁴¹¹². La difficulté principale reste que ce « domicile », qui doit être celui du jour de l'assignation, pourrait changer durant la période pendant laquelle la réalisation d'un risque peut encore occasionner des dommages. Dans cette hypothèse, choisir le lieu du domicile du défendeur permettrait de ramener les victimes « synchroniques » du fait générateur devant le même juge. Ce choix isolerait cependant celles qui sont susceptibles de subir des dommages des années après ; et ce quoiqu'il ne faille pas omettre la possibilité d'une évolution jurisprudentielle et le fait que ces dernières pourraient déjà se voir confrontées à un responsable disparu. Compte tenu de cela, il serait également tentant de céder à l'instauration d'un tribunal permanent et exclusivement compétent pour toutes les activités à risque, dont les activités de fusion. À l'image du régime de responsabilité civile nucléaire, ce dernier pourrait être le Tribunal judiciaire de Paris⁴¹¹³. Un tel choix n'est cependant pas sans conséquences et difficultés. Ramener tout le contentieux des activités à risque à un seul tribunal limite à l'excès les divergences. Il est en effet une chose que de vouloir traiter avec équité toutes les victimes d'un fait générateur unique, il est autre chose d'exiger que toutes les victimes de toutes les activités à risque soient entre les mains d'un même juge. Certes, il faut garder à l'esprit qu'il y a effectivement derrière le juge, une femme ou un homme qui finira par céder sa place à un autre, ce que tend à assurer le principe de mobilité⁴¹¹⁴. Assurément, tant l'appel, quand il est possible⁴¹¹⁵, que le pourvoi dans l'intérêt de la loi peuvent encore neutraliser les effets d'une jurisprudence trop figée, voire défavorable⁴¹¹⁶. Mais la compétence exclusive d'un seul tribunal limite à l'excès le jeu de la divergence qui, autant qu'il est « irritant », participe au progrès du droit. Surtout, il peut porter atteinte à la situation des victimes obligées de prendre les mesures qu'implique une « délocalisation » du traitement de leur situation alors qu'elles n'auraient de certitude quant à l'application de la règle de responsabilité⁴¹¹⁷. Aussi, sans préjuger de l'intérêt de cette solution lorsqu'elle est appréciée *via* le prisme d'un autre facteur⁴¹¹⁸, elle n'est pas encore celle qui s'impose à ce stade de l'étude. Dans ces hypothèses, si l'on comprend que l'on doit encourager la possibilité d'un *for* unique, mais surtout consacrer l'hypothèse d'une action collective spécifique⁴¹¹⁹, il faut, pour en comprendre tout l'enjeu, mesurer la complexité de la situation, lorsque le risque réalisé présente un caractère transfrontière.

⁴¹¹¹ Il pourrait toutefois y avoir une limite dans le fait que l'application de cette jurisprudence suppose que l'établissement ait eu les pouvoirs de représenter la personne morale à l'égard des tiers : voy. sp. CA Lyon, 18 février 2014, n° 13/07989.

⁴¹¹² Voy. *infra* Section 2, § 1.

⁴¹¹³ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 1.

⁴¹¹⁴ *Rapport d'activité du Conseil supérieur de la Magistrature*, 1999, p. 57 : « la mobilité géographique et la mobilité fonctionnelle doivent être considérées comme une source d'enrichissement pour le magistrat. Elle présente aussi une garantie contre les risques de pratique routinière ou de trop grande implication locale ».

⁴¹¹⁵ Rappelons, en effet, que suivant le taux de ressort, toutes les actions en responsabilités ne sont pas susceptibles d'appel.

⁴¹¹⁶ Voy. *Loi n°67-523 du 3 juillet 1967*, art. 17 ; *Code de procédure civile*, art. 639-1 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, p. 2202.

⁴¹¹⁷ On pourra ainsi envisager les frais que cela supposerait pour les victimes situées dans un autre ressort, notamment les frais de transport ou encore les frais afférents à la postulation d'un avocat du barreau du ressort.

⁴¹¹⁸ Voy. *infra* § 2.

⁴¹¹⁹ Sans anticiper à l'excès sur les développements qui suivront, c'est cette seule hypothèse qui sera *in fine* susceptible de s'imposer au terme de l'étude.

b. Des difficultés prégnantes dans l'ordre juridique international

908. La pluralité de fors éligible comme facteur d'un éparpillement du contentieux. En matière internationale, la contestation élevée sur la compétence du juge français saisi ne concerne plus seulement la répartition de compétence entre les tribunaux d'un seul État, mais celle de la répartition des compétences – voire du pouvoir juridictionnel⁴¹²⁰ – entre les tribunaux de différents États. Alors que la concurrence de *for* peut d'ores et déjà s'avérer délicate en droit interne, on ne pourra que constater l'ampleur qu'elle prend lorsque la détermination du tribunal compétent dépasse le cadre du droit interne, et ce même en limitant l'étude au Règlement Bruxelles I bis. Comme le Règlement Rome II, il trouve application dans la « matière civile et commerciale », quelle que soit la nature de la juridiction, et avec ces différences qu'il n'exclut pas le risque nucléaire et qu'il n'est pas d'application « universelle »⁴¹²¹. Ce règlement prévoit ainsi pour la matière civile délictuelle divers critères de rattachement judiciaire qui ne sont pas sans rappeler ceux du droit français, et qui ont fait l'objet d'une étude *supra*⁴¹²². Une compétence générale est ainsi attribuée *aux tribunaux*⁴¹²³ de l'État du lieu sur lequel se trouve le (ou les) domicile(s) du défendeur⁴¹²⁴. Des compétences complémentaires spéciales lui sont ajoutées, qui sont valables autant qu'elle désigne un tribunal d'un État membre autre que l'État du domicile du défendeur⁴¹²⁵. Le règlement autorise ainsi, pour un souci de bonne administration de la justice, la victime à saisir *le tribunal*⁴¹²⁶ du lieu de survenance du fait dommageable, ce qui constitue soit le lieu de survenance du fait générateur soit le lieu de survenance du dommage direct, et non de sa constatation⁴¹²⁷. De même, faisant application de la théorie « des gares principales », il consacre la possibilité d'assigner le défendeur au lieu de situation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, et ce dès lors que survient une « contestation relative à son exploitation » – ce qui ne paraît pas exclure l'hypothèse nous intéressant⁴¹²⁸. Sans qu'il soit nécessaire d'approfondir de nouveau et davantage ce panorama, qui ne prend pas en compte les règles susceptibles de s'appliquer

⁴¹²⁰ Voy. Cass. civ. 1, 7 mai 2010, n° 09-14.324, Bull. civ. I, n° 107 : « en matière internationale, la contestation élevée sur la compétence du juge français saisi ne concerne pas une répartition de compétence entre les tribunaux nationaux, *mais tend à lui retirer le pouvoir de trancher le litige au profit d'une juridiction d'un État étranger* ». Cette qualification procédurale de pouvoir juridictionnel au lieu de compétence (laquelle emporte la distinction entre la fin de non-recevoir et l'exception d'incompétence) dans l'ordre internationale est toutefois contestée : S. GUINCHARD (dir), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., p. 936 soulignant que la question du pouvoir juridictionnel ne s'y pose qu'en terme d'immunité.

⁴¹²¹ Son application est conditionnée (sauf exception) par la domiciliation du défendeur sur le territoire d'un État membre : voy. *Règlement Bruxelles I bis*, consid. 13 et 14 ; art. 5 (principe), article 6 (exception). Cette condition n'étant pas remplie, ce sont en principe (sauf exception tel que prévu à l'article 6) les règles de compétences propres à chaque État qui retrouve ainsi leur empire, c'est-à-dire pour le juge français, l'article 14 et 15, et surtout l'article 46 que ce dernier a étendu à la compétence « internationale » : Cass. 1re civ., 4 janv. 1984, n° 82-15.835, *Bull. civ. 1984*, I, n° 4.

⁴¹²² Voy. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁴¹²³ Suivant le critère de la résidence, c'est la compétence générale des juridictions d'un État qui est retenue, dans ce sens qu'il incombe ensuite aux règles internes de déterminer le tribunal spécifiquement compétent : voy. outre les références *supra*, D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, op. cit., p. 96

⁴¹²⁴ Si le domicile de la personne physique est laissé à la loi du juge saisi, le domicile des personnes morales doit être considéré comme établi soit au lieu de leur siège statutaire, soit de leur administration centrale, soit de leur principale établissement, ce qui n'est pas sans éviter d'ores et déjà un risque de *forum shopping* important : voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 62 et 63.

⁴¹²⁵ Voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 7 (première phrase).

⁴¹²⁶ Ici c'est le tribunal en droit interne qui est visé, c'est-à-dire indépendamment des règles de répartition en droit interne : voy. outre les références *supra*, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, op. cit., p. 771

⁴¹²⁷ Voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 7.2) et pour un rappel général : D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 122 et ss.

⁴¹²⁸ *Règlement Bruxelles I bis*, art. 7.5) et pour un rappel général : D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 130 et ss.

lorsque l'exploitant n'est pas domicilié sur le territoire de l'Union européenne⁴¹²⁹, il s'agit surtout de montrer les difficultés que peut engendrer la multiplicité de ces *for* potentiels. De la pluralité des *for* susceptibles d'être invoqués, il surgit le même éclatement du contentieux que celui qui a été envisagé lors de l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire. Les difficultés sont toutefois différentes. En l'absence de limitation dans le *quantum* de la réparation, la concentration du traitement du contentieux apparaît de prime abord moins prégnant. La règle de responsabilité n'est toutefois pas un régime harmonisé et ne présente pas la précision du régime de responsabilité civile nucléaire. Parce qu'il n'est pas de symétrie parfaite entre les critères permettant de déterminer le droit applicable et ceux permettant de déterminer le tribunal compétent, d'autres difficultés peuvent ressurgir, au-delà même de la question de la divergence de la qualification. Il suffit pour s'en convaincre d'imaginer un *scenario* des plus simples dans lequel un risque serait réalisé sur le territoire français par une activité y étant exploitée.

Imaginons, par exemple, sans préjudice des réserves du Règlement Rome II concernant le risque nucléaire, qu'il se produise, sur le territoire français, un « accident » sur une installation de fusion. Supposons que cette installation est exploitée non par ITER – afin de ne pas complexifier à l'excès l'hypothèse – mais par le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives qui est un établissement public et industriel français. Supposons que cet accident cause un dommage environnemental causant lui-même des dommages subséquents à une personne résidant en Italie. En principe, la victime peut se prévaloir de l'application de la loi française par dérogation à la *lex loci damni*. Dans l'hypothèse où celle-ci choisit d'introduire sa demande devant les juridictions françaises, il n'y a aucune difficulté. Suivant le critère de la résidence du défendeur, c'est la compétence générale des juridictions de l'État qui est visée comme vu quelques lignes ci-dessus. Il incombe donc aux règles de procédure française de déterminer le tribunal spécifiquement compétent dans l'ordre interne. Ce choix est donc plutôt favorable à la solution d'instaurer un *for* unique en droit interne car celui-ci ne serait pas affecté par le choix de la victime. En revanche, la situation apparaît plus délicate si cette victime, toujours décidée à se voir appliquer le droit français, décide de saisir le juge du lieu de survenance de son dommage, ici le juge italien. Dans cette hypothèse, il pourrait y avoir des difficultés prégnantes, lesquelles s'étendraient au-delà d'une divergence potentielle de qualification, et questionnent les limites du jeu du droit international privé.

909. Un éparpillement du contentieux influant l'effectivité de la règle de responsabilité. Il n'est ici nullement question de remettre en cause cette possibilité, intrinsèque au droit international privé, que le juge d'un État A puisse appliquer le droit d'un État B. Ce qui emporte l'interrogation est le fait que cette application par le juge étranger de la loi d'un autre État peut conduire soit à vider la règle d'une partie de son contenu, soit à ne pas lui conférer l'interprétation qui paraît la plus opportune, que ce soit pour les victimes ou l'exploitant. Pour le comprendre, il faut arriver à distinguer ce qui relève de la *lex fori* (la loi du tribunal compétent – ici la loi italienne), et ce qui relève de la *lex causae* (la loi

⁴¹²⁹ Notons toutefois qu'il est possible d'appliquer les règles de compétence de l'article 7§2 lorsqu'il est probable mais pas certain que le défendeur est domicilié dans l'Union européenne : voy. CJUE, G, 15 mars 2012, aff. C-292/10 ; D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne, op. cit.*, p. 118.

applicable au fond – ici la loi française). Certes, l'article 15 du Règlement Rome II fournit une définition large de la loi applicable comportant autant d'éléments relatifs à la règle de responsabilité *stricto sensu* que *lato sensu* qui s'appliquerait en lieu et place de la loi du *for*⁴¹³⁰. Cette volonté de conférer à la *lex causae* un champ d'application large a d'ailleurs motivé les rédacteurs du Règlement Bruxelles I bis à inclure dans le champ de la *lex causae* des questions qui intéresseront notre étude tel qu'il le sera vu *infra*. L'action récursoire est ainsi soumise au même droit que la demande originelle, de même que les questions afférentes à la présomption légale ou à la répartition de la charge de la preuve⁴¹³¹. Néanmoins, il est d'autres éléments qui ne dépendent pas de la *lex causae* mais de la *lex fori*, voire d'une autre loi⁴¹³². La *lex fori* est celle qui détermine l'admission des modes de preuves⁴¹³³ et plus généralement le droit procédural applicable à l'action en justice et à l'instance, lorsque celui-ci n'est pas inclus dans le champ de l'article 15 comme cela est, par exemple, le cas de prescription. Il y a donc des éléments gravitant autour de la règle de responsabilité qui, bien que relevant de considérations procédurales, sont nécessaires à l'effectivité de cette dernière appuyant ainsi l'idée d'une règle de responsabilité *lato sensu* : tel est le cas par exemple de l'appel en garantie de l'assureur⁴¹³⁴, ou encore des modalités servant l'intervention des coresponsables. Parce que nous avons d'ores et déjà admis que la responsabilité de l'exploitant du fait de l'activité à risque ne serait pas une responsabilité strictement canalisée, ces questions peuvent donc revêtir, comme il le sera vu *infra*, un aspect important dans la mise en œuvre de la responsabilité⁴¹³⁵. Or, sans préjudice des règles prévues par le Règlement Bruxelles I bis⁴¹³⁶, la question de l'intervention des coresponsables à l'instance constitue ainsi un de ces exemples qui questionnent sur la difficulté à parfois faire la distinction de ce qui relève des règles procédurales, domaine de la *lex fori*, et des règles substantielles appelées à être régies par la *lex causae*⁴¹³⁷. Pareille difficulté peut se poser également sur les mesures d'instruction qui sont d'un intérêt certain dans le cadre du contentieux d'une activité à risque, comme l'activité de fusion nucléaire, et à l'égard desquelles la détermination du droit applicable s'ajoute à la difficulté du respect des souverainetés étatiques⁴¹³⁸. Plus encore, le respect des souverainetés ressort à l'endroit de

⁴¹³⁰ Sauf exceptions tenant aux lois de police du for ou à l'ordre public international, et au-delà des seules conditions relatives à la responsabilité et à la détermination des responsables, la question de la prescription, la transmissibilité de la créance de réparation, l'existence, la nature ou l'évaluation des dommages ou encore les causes d'exonération sont autant d'éléments relatifs à la règle de responsabilité *stricto sensu* et *lato sensu* qui devront appeler l'application du droit français : voy. *Règlement de Rome II*, art. 15 ; G. LARDEUX, « Sources extracontractuelles des obligations – Domaine de la loi applicable », *op. cit.* ; H. SLIM, *Responsabilité civile délictuelle en droit international privé*, *op. cit.*, §§ 45 et ss.

⁴¹³¹ Voy. *Règlement de Rome II*, art. 20, 22.1) ; H. SLIM, *Responsabilité civile délictuelle en droit international privé*, *op. cit.*, §§ 52-53 ; G. LARDEUX, « Sources extracontractuelles des obligations – Domaine de la loi applicable », *op. cit.*, §§ 20-21. L'importance du traitement de ces questions par le prisme de la *lex causae* (la loi française dans notre exemple) ressortira des développements conduits dans la Section 2.

⁴¹³² Tel est partiellement le cas de la subrogation, ou encore de l'action directe : voy. *Règlement Rome II*, art. 18, 19 ; H. SLIM, *Responsabilité civile délictuelle en droit international privé*, *op. cit.*, §§ 52 et ss ; G. LARDEUX, « Sources extracontractuelles des obligations – Domaine de la loi applicable », *op. cit.*, §§ 24-29.

⁴¹³³ Voy. *Règlement de Rome II*, art. 22.2 ; G. LARDEUX, « Sources extracontractuelles des obligations – Domaine de la loi applicable », *op. cit.*, § 33 ; A. HUET, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux – Domaine de la "lex fori" : instance », *JCL Droit international*, fasc. 582-20, 2018, §§ 30 et ss.

⁴¹³⁴ L'appel en garantie de l'assureur du responsable n'est possible que si permise par la *lex fori* : *Règlement de Bruxelles I bis*, art. 13§1.

⁴¹³⁵ Sur l'admission de l'aspect procédural de la canalisation voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 2, B et *infra* Section 2.

⁴¹³⁶ Voy. *infra* Section 2, § 1.

⁴¹³⁷ Ainsi, si la question de l'intervention à l'instance relève en principe de la loi du *for*, elle fait néanmoins partie de ces hypothèses dans lesquelles « l'applicabilité de la *lex fori* au déroulement du procès suscite des difficultés car l'hésitation est permise sur la qualification processuelle ou substantielle de telle ou telle règle relative à l'instance » : A. HUET, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux – Domaine de la "lex fori" : instance », *op. cit.*, §§ 7-8.

⁴¹³⁸ Cela bien que l'Union européenne ait pu œuvrer en la matière : voy. H. MUIR WATT, M. CREACH, « Expertise », *Répertoire de droit international*, 2016, *passim* ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, pp. 1577 et ss.

l'exploitant personne publique, dont il n'est pas hasardeux qu'il ait ainsi été choisi dans l'exemple étudié. En effet, nous avons admis que l'exploitant personne publique d'une activité à risque devait être soumis à la règle de responsabilité⁴¹³⁹. Cela étant, cette personne pourrait bénéficier d'une immunité de juridiction devant le tribunal étranger. L'immunité étant une exception procédurale, il appartient donc par principe au juge du *for* de s'assurer que le litige qui se présente au fond devant lui est de ceux pour lesquels l'immunité doit être accordée ou refusée⁴¹⁴⁰. La question apparaît peut-être un peu artificielle dans le cadre nous occupant. Le champ d'application du Règlement Bruxelles I bis est en effet conditionné par le jeu du même critère – l'exercice de prérogatives de puissance publique ou assimilé⁴¹⁴¹ – que celui traditionnellement admis pour exclure l'immunité de juridiction⁴¹⁴². L'établissement de la compétence internationale conduit donc bien souvent à priver automatiquement de tout objet l'exception d'immunité, sauf peut-être en ce qui concerne les organisations internationales, comme ITER⁴¹⁴³. Cela démontre néanmoins une difficulté supplémentaire quand rien ne garantit que la règle de responsabilité – lorsqu'elle vise l'exploitant personne publique – puisse être considérée comme entrant dans le champ d'application des règlements⁴¹⁴⁴. Enfin, c'est la question de la détermination du contenu de la loi étrangère et de son interprétation qui suscite l'interrogation. Par principe, la charge de la connaissance de la loi étrangère incombe aux parties et *in fine* au juge du fond. En droit français, par exemple, le juge doit s'abstenir

⁴¹³⁹ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1.

⁴¹⁴⁰ Voy. CEDH, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, n° 35763/97, § 48 ; CIJ, *Immunités juridictionnelles des États*, (*Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant)*), arrêt du 3 février 2012, *Rec. CIJ* 2012, p. 124, § 58 et CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, République démocratique du Congo c/ Belgique*, arrêt du 14 février 2002, *Rec. CIJ* 2002, p. 20, § 46 soulignant la logique de la solution car « ce n'est que lorsqu'un État dispose, en droit international, d'une compétence à l'égard d'une question particulière qu'un problème d'immunité peut se poser au regard de l'exercice d'une telle compétence ». Cette détermination obligerait donc le juge à porter un regard sur le fond du litige : Cass. civ. 1, 16 décembre 2003, n° 02-45.961, *Bull. civ.*, I, n° 258.

⁴¹⁴¹ La Cour de justice a posé un critère de distinction entre les affaires relevant du droit privé et celles relevant du droit public, qui sont exclues de l'emprise européenne. Le litige « opposant une autorité publique à une personne privée, où l'autorité publique a agi dans l'exercice de la puissance publique » ne porte donc pas sur « une matière civile et commerciale » : CJCE, *LTU c/ Eurocontrol*, 14 octobre 1976, aff. 29/76, *Rec. CJCE* 1976, p. 1541 ; CJCE, *Niederlande c/ Rüffer*, 16 déc. 1980, aff. 814/79, *Rec. CJCE* 1980, p. 3807 ; CJCE, *Lechouritou*, 15 février 2007, aff. C-292/05, *Rec. CJCE* 2007, p. I-1519 ; CJUE, *Ahmed Mahamdia c/ Algérie*, 19 juillet 2012, aff. C-154/11, § 49. La Cour a étendu ce principe aux organisations internationales : CJUE, *Suprême Site service*, 3 septembre 2020, aff. C-186/19, sp. § 61. Notons également que la notion de puissance publique est interprétée de manière restrictive par la Cour de justice. Ainsi, dans un arrêt du 21 avril 1993, elle a jugé que la responsabilité du service public de l'enseignement relevait de la « matière civile et commerciale » : CJCE, *Volker Sonntag c/ Waidmann*, 21 avril 1993, aff. C-172/91, *Rec. CJCE* 1993, I, p. 1963. Il en résulte que certains aspects du droit du droit administratif transnational peuvent donc être soumis tant au règlement Rome II qu'au Règlement Bruxelles I bis : voy. O. DUBOS, *chron. Europe-Décisions*, août 2007, *JCP A*, 2008, p. 2165 ; M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZETTO (dirs), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009, sp. pp. 41-42.

⁴¹⁴² Comme nous l'avons déjà évoqué, la distinction *acte de jure imperii/acte de jure gestionis* traditionnellement admise, pour les États, pour déterminer les actes qui appellent une immunité de juridiction et ceux qui n'en appellent pas, peut difficilement fonder l'immunité d'une organisation internationale, en dépit d'une assimilation opérée par la Cour : *supra* note 3714. Notons toutefois que la matière des immunités demeure assez floue, en dépit d'une Convention codificatrice (non entrée en vigueur) : voy. *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens*, adoptée le 2 décembre 2004, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n°49 (A/59/49). Sur la pratique des juridictions françaises, voy. I. PREZAS, « Immunités internationales », *JCL Droit international*, fasc. 409-50, 2021 ; C. KESSEDJIAN, « Immunités », *Répertoire Dalloz de droit international*, 2021 et plus généralement S. EL SAWAH, *Les immunités des États et des organisations internationales*, Bruxelles, Larcier, 2011, 878 p.

⁴¹⁴³ Quand la Cour de justice de l'Union considère que la question de savoir si l'immunité invoquée s'oppose à la compétence de la juridiction saisie pour connaître d'une telle action intervient à un stade ultérieur, après la détermination de la compétence internationale de cette juridiction (CJUE, *Suprême Site service*, *op. cit.*, § 74 ; CJUE, *Rina*, 7 mai 2020, aff. C-641/18, § 58), le raisonnement est un peu artificiel, sauf, peut-être, à l'endroit des organisations internationales (qui était l'objet de l'affaire *Suprême site service* comme établi note ci-dessus).

⁴¹⁴⁴ Il faudrait pour cela présumer que l'exploitation d'une activité à risque au sens de la règle de responsabilité constitue un *acte de jure gestionis* au sens du droit international. L'on pourra objecter que cela serait de moindre importance puisque cette situation mettrait en échec l'application de la loi française sur le fondement du Règlement Rome II. C'est toutefois un argument qu'il faudra contester. L'application du principe de la *lex loci delicti* qui vise autant le fait générateur que le dommage et qui domine le droit français ne changerait *a priori* pas sa situation à cet endroit. La règle de responsabilité resterait applicable. Éligible à saisir les tribunaux français sur le fondement de l'article 46 du Code civil, la victime ne se verrait donc opposer aucune immunité de juridiction par principe : elle aurait ainsi gagné du temps et de l'argent à saisir les tribunaux français.

d'infléchir le sens de ce droit en fonction de préférences ou de politiques que l'ordre juridique d'origine ne partage pas⁴¹⁴⁵. Il doit tout faire pour se conformer à la compréhension de la loi qu'ont les autorités nationales, notamment celles qui sont chargées de l'appliquer⁴¹⁴⁶. Or on ne peut affirmer avec certitude que le respect de ces principes soit assuré. Le juge du *for*, faisant face à une loi insuffisamment claire, peut en effet être amené à « forger le raisonnement du juge étranger »⁴¹⁴⁷ ; cela pourrait ainsi être le cas de la règle de responsabilité, notamment aux prémices de son existence.

De cet exposé inspiré d'un exemple des plus simples, et sans qu'il soit besoin de se plonger davantage dans les abysses du droit international privé, il apparaît que l'éclatement juridictionnel provoqué par le risque transfrontière est susceptible de conduire à une inapplication ou sinon à des applications divergentes de la règle de responsabilité suivant la qualification qui en sera retenue par le juge étranger mais encore selon les règles qu'il appliquera à l'action de la victime⁴¹⁴⁸. Parce que le droit européen est trop peu favorable au *forum non conveniens* et que le juge saisi ne peut ainsi céder sa compétence à un autre au risque de porter atteinte au « principe de sécurité juridique »⁴¹⁴⁹, ces difficultés seraient difficilement surmontables. Le mécanisme de la connexité autorise le juge à surseoir à statuer, et même à se dessaisir, selon les conditions rappelant celles du droit français. Néanmoins, le droit européen accordant la priorité au premier juge saisi, le mécanisme ne suffirait pas à garantir la compétence du juge français, et ce quand bien même le mécanisme, contrairement au droit français, ne semble pas limiter le nombre d'instances susceptibles d'être ainsi jointes⁴¹⁵⁰. Il existe de même une prorogation de compétence tacite lorsque le défendeur assigné comparait sans contestation devant un *for* non prévu : les règles de compétence, sauf celles régissant les compétences exclusives⁴¹⁵¹, sont d'intérêt privé⁴¹⁵². Susceptible de matérialiser un accord tacite des parties, cette prorogation de compétence pourrait montrer un intérêt pour favoriser la concentration du contentieux des activités à risque, comme nous l'avons déjà envisagé pour les activités de fusion dans la première partie de cette étude. Le tribunal ainsi saisi ne pouvant pas se déclarer d'office incompétent et cet

⁴¹⁴⁵ P. RABOURDIN, H. MUIR WATT, « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère », *Répertoire de droit international*, 2018, § 5.

⁴¹⁴⁶ Cette dernière doit apparaître comme « un fait observé » pour le juge, l'obligeant à prendre en considération le sens que lui attribue les autorités normalement chargées de l'appliquer afin de l'appliquer de la manière la plus conforme avec celle dont un juge le ferait dans son ordre juridique. Aussi, les parties disposent-elles de la possibilité de produire in extenso du droit positif étranger, qu'il s'agisse des textes de loi ou des décisions de justice rendue, ou de la doctrine, et le juge dispose de la possibilité d'user de moyens issus du régime probatoire de faits (puisque la loi est un fait observé) en demandant des expertises. Il peut également faire usage de mécanisme lui permettant d'interroger plus directement les autorités judiciaires nationales. Voy. sur ces différents moyens d'établir le contenu de la loi étrangère P. RABOURDIN, H. MUIR WATT, « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère », *op. cit.*, §§ 52-63 et E. FOHRE-DEDEURWAERDER, « Conflit de loi – La loi étrangère devant les juridictions françaises – Établissement du contenu de la loi étrangère », *JCL Droit international*, Fasc. 539-20.

⁴¹⁴⁷ P. RABOURDIN, H. MUIR WATT, « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère », *op. cit.*, § 76 et pour exemple Cass. soc. 20 février 1991, n° 88-41.910, *Bull. civ. V*, n°82.

⁴¹⁴⁸ Voy. plus généralement sur la qualification en droit international privé E. FOHRE-DEDEURWAERDER, « Qualification en droit international privé », *JCL Civil Code*, fasc. 20, 2015.

⁴¹⁴⁹ Voy. CJCE, *Owusu*, 1er mars 2005, aff. C-281/02, *Rec. CJCE 2005*, p. I-1383, sp. §§ 38 et ss ; J.P. BÉRAUDO, J.-P. BÉRAUDO, « Convention de Bruxelles/Convention de Lugano/Règlement (CE) n° 44/2001 et UE n°1215/2012, Compétence, Règle de procédure ayant une incidence sur la compétence », *JCL Europe Traité*, fasc. 3030, 2019, §§ 80 et ss et *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁴¹⁵⁰ Le dessaisissement implique que le juge de « renvoi » soit compétent et que son droit autorise la jonction d'instance : voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 30 ; J.P. BÉRAUDO, M.-J. BÉRAUDO, « Convention de Bruxelles/Convention de Lugano/Règlement (CE) n° 44/2001 et UE n°1215/2012, Compétence, Règle de procédure ayant une incidence sur la compétence », *op. cit.*, §§ 52 et ss, 125 et ss.

⁴¹⁵¹ Voy. sur les compétences exclusives *Règlement Bruxelles I bis*, art. 25.

⁴¹⁵² Voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 26 ; J.P. BÉRAUDO, M.-J. BÉRAUDO, « Convention de Bruxelles/Convention de Lugano/Règlement (CE) n° 44/2001 et UE n°1215/2012, Compétence, Règle de procédure ayant une incidence sur la compétence », *op. cit.*, § 4 ; F. MAILHÉ, « Droit européen des conflits de juridictions », *JCL Europe Traité*, 2021, §§ 87 et ss ; D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 169 et ss.

élément étant indifférent au domicile des parties⁴¹⁵³, cet accord tacite imposerait toutefois que la victime ait fait ce choix d'assigner le défendeur devant un tribunal autorisant cette concentration. Or, que l'on puisse conclure à l'inadéquation du droit international privé européen pour faire au problème lié aux activités à risque transfrontière ne doit pas empêcher d'observer la situation avec un certain réalisme.

Certes, l'éclatement du contentieux dans le cadre de notre exemple paraît peu favorable à une application effective et uniforme de la règle de responsabilité et résulte en partie de l'absence de symétrie parfaite entre les critères de rattachement permettant de déterminer la loi applicable (Rome II) et ceux permettant de déterminer le tribunal compétent (Bruxelles I bis). Dans notre exemple, l'iniquité susceptible d'en résulter pour la victime n'est toutefois que la contrepartie de son choix. En effet, les victimes n'ont pas toujours les moyens d'assigner devant un tribunal étranger, lequel, se prononçant *in fine* sur le droit d'accès à une justice effective, rappelle au souvenir des arguments avancés à l'encontre du principe de l'unicité du régime de responsabilité civile nucléaire⁴¹⁵⁴. Dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, ces critiques sont tempérées par la possibilité qui est donnée à l'État étranger, dans un mécanisme rappelant la doctrine du *parens patriae*, de se subroger dans les droits de ses victimes⁴¹⁵⁵. Hors du régime de responsabilité civile nucléaire, rien n'assure cependant qu'un État étranger puisse être recevable à porter demande devant les tribunaux du *for* si en agissant de la sorte il doit « revêtir la toge pourpre de l'imperium »⁴¹⁵⁶. Tel est du moins le cas en droit français où la position de l'État demandeur agissant *de jure imperii* ne serait admise que lorsque « la solidarité internationale ou la convergence des intérêts en cause le commande »⁴¹⁵⁷ – ce qui, au reste, est relativement imprécis⁴¹⁵⁸. De même, les critiques avancées à l'encontre du principe d'unicité de juridiction du droit nucléaire peuvent être relativisées par le fait que la pratique, certes prospective des États, laisse une place importante à la transaction⁴¹⁵⁹. Or, notre avis sur la transaction a déjà été exposé clairement. Que cette méthode puisse encore être tolérée dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire en raison tant de la visibilité médiatique que pourrait susciter un accident nucléaire de fission, mais surtout de la prévisibilité qu'auraient les victimes sur le traitement de leur situation (induite par la précision du régime international), n'empêche pas que l'on puisse douter de sa pertinence une fois posé un regard sur la dimension réparatrice de la responsabilité et l'insuffisance des mécanismes annexes de recherche de la vérité. Pour cela, cet argument de l'arrangement direct avec l'assureur apparaît d'autant moins pertinent quand la règle de responsabilité ici envisagée est amenée à régir des situations dommageables de faire l'objet d'un régime moins défini qu'est notre règle de responsabilité applicables aux activités de fusion. Est-ce à

⁴¹⁵³ Voy. CJCE, *Group Josi*, 13 juillet 2000, aff. C-412/98, *Rec. CJCE* 2000, p. I-05925

⁴¹⁵⁴ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2, § 1, B.

⁴¹⁵⁵ Voy. *Convention de Vienne* (1997), art. XI.A ; *Convention de Paris* (2004), art. 13.g.

⁴¹⁵⁶ J. DEHAUSSY, « Le statut de l'État étranger demandeur sur le *for* français : droit international coutumier et droit interne », *JDI*, 1991, p. 113

⁴¹⁵⁷ Cass. civ. 1, 2 mai 1990, n°88-14.687, *République de Guatemala*, *Bull. civ. I*, n°91, p. 68 ; Cass. civ. 1, 29 mai 1990, n°88-13.737, *Bull. civ. I*, n°123, p. 87.

⁴¹⁵⁸ Voy. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 691 et ss., sp. p. 700 relevant la vue de BATIFFOL pour qui il aurait été judicieux de distinguer les demandes fondées sur l'exercice de prérogative de puissance publique selon qu'elles aient non été consécutives ou accessoires à des prétentions de droit privé.

⁴¹⁵⁹ Voy. *supra* § 330 et notes 3924, 3925.

dire pour autant que cette prise en considération de la situation des victimes est suffisante à justifier de renoncer à une centralisation du contentieux ? Rien n'est moins sûr.

D'abord, si les limitations de compétences en droit international privé ne contreviennent pas au droit à l'accès au juge⁴¹⁶⁰, le droit de l'Union européenne a œuvré à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières⁴¹⁶¹. Ensuite, la responsabilité reposant sur un équilibre entre victime et responsable, cette préoccupation doit pouvoir s'étendre à la procédure⁴¹⁶². Il serait ainsi tout autant justifié de ne pas imposer à ces derniers une mise en œuvre éparpillée de leur responsabilité pouvant nuire à l'exigence d'une certaine prévisibilité ; et ce même en l'absence de limitation du *quantum* de leur responsabilité. Dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire, et comme pour les victimes, l'exploitant nucléaire (et éventuellement ses « partenaires »⁴¹⁶³) sait peu ou prou à quoi s'attendre. Or tel n'est pas nécessairement le cas de l'exploitant dans le cadre de la règle de responsabilité quand l'établissement de sa soumission à la règle, première étape du raisonnement, repose sur une qualification juridictionnelle. Enfin, et surtout, si cette faveur qui est accordée aux victimes de saisir le juge du lieu de survenance de leur dommage est justifiée par l'idée d'une bonne administration de la justice, il apparaît que cette exigence, dans le cadre du contentieux des activités à risque, peut d'autant plus justifier une centralisation du procès. La spécificité de ce contentieux peut appeler des mesures qui, tant au stade de l'instruction que dans le déroulement de l'instance, légitime une procédure tenue devant un tribunal unique, que ce soit dans l'ordre international comme dans l'ordre interne. Tel sera l'objet des développements qui suivront cette conclusion intermédiaire bienvenue.

910. Conclusions du §. Au terme de cette étude sur l'influence du facteur temps et du facteur spatial sur la mise en œuvre de la responsabilité du fait des activités à risque, il est de nombreuses conclusions à tirer. Lorsque des risques, comme le risque nucléaire de fusion, sont susceptibles de causer des dommages tardifs, la question de l'écoulement du temps peut véritablement apparaître comme un problème et un élément limitant le droit à réparation. Faisant face à des délais de prescription et à un délai butoir à la compréhension incertaine, l'on aurait pu penser que les principales difficultés se seraient trouvées dans l'application de ces règles. Pourtant, nous avons montré qu'au prix d'une juste appréciation du moment de survenance des dommages, et surtout des préjudices des victimes, ces difficultés seraient susceptibles d'être surmontées. Outre la problématique singulière d'une extinction naturelle de la responsabilité, plus délicate est apparue la question de l'influence de l'écoulement du temps sur la règle de responsabilité *stricto sensu*. Alors que la rigueur des règles du régime de responsabilité civile nucléaire laisse *a priori* peu de place à l'interprétation du juge, la souplesse dont nous avons souhaité doter à la règle de responsabilité montre ici sa contrepartie : celle de pouvoir faire l'objet d'une interprétation changeante susceptible de s'opérer tant au bénéfice qu'au détriment de

⁴¹⁶⁰ Voy. CEDH, *Nait-Liman c. Suisse*, 15 mars 2018, req. n°51357/07, § 122 ; *Hussein et a. c. Belgique*, 16 mars 2021, n°45187/2, §§ 59-73.

⁴¹⁶¹ Directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, JO, L 26, 31 janvier 2003, pp. 41-47.

⁴¹⁶² Voy. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., p. 1569

⁴¹⁶³ Pour ce qui concerne notamment les États ayant rejeté le principe de canalisation dans le cadre du régime de responsabilité civile nucléaire.

victimes et des exploitants responsables, certes unis par un même fait générateur, mais dont les créances et les dettes de réparations seraient susceptibles de survenir de manière différée. Cependant, cette difficulté n'est pas apparue exclusive de ce premier facteur. À l'endroit de l'influence du risque transfrontière sur l'applicabilité de la règle de responsabilité en tant que telle, le constat est également apparu relativement ambivalent. Ainsi, la question de la détermination de la loi applicable a révélé tout le jeu du droit international privé. Son étude a montré ainsi tant les avantages que les inconvénients du critère de la *lex loci damni* qui, tout en privant les victimes subissant à l'étranger des dommages nés de la réalisation de risque « français », permet également de protéger les victimes territoriales « françaises » des risques réalisés depuis l'étranger. Plus problématique est en revanche apparu l'influence du critère spatial sur la détermination du tribunal compétent. D'une part, en raison de la frontière poreuse existantes dans le droit international privé entre le domaine de la *lex loci damni* et celui de la *lex fori*, ce sont des éléments gravitant autour de la règle de responsabilité qui seraient susceptibles d'être mis en échec et qui pourrait participer à la priver d'une partie de son contenu⁴¹⁶⁴. D'autre part, l'éparpillement du contentieux que pourrait susciter un événement aux effets particulièrement diffus, tel qu'un événement nucléaire de fusion, a conduit à de nouveau conduit à s'interroger aux divergences de traitements susceptibles d'en résulter pour des victimes unies par un fait générateur unique. Non exclusive du droit international privé, ce problème interroge donc sur l'opportunité de la réduction des fors éligibles susceptibles de réceptionner la réparation des dommages occasionnés par une activité à risque, comme les activités de fusion. Mais quand dans le même temps, la consécration d'un juge unique permanent à l'image du régime de responsabilité civile nucléaire apparait comme un frein à l'évolution du droit, et peut s'opérer au détriment des victimes, obligés de supporter les frais d'une procédure éloignée de leur lieu de vie, l'étude qui suivra conduira à appréhender d'autant mieux la mesure dans laquelle cette centralisation pourrait, au contraire, s'opérer à leur avantage.

Ce sera donc là l'objet des prochains développements consacrés à la gestion du dernier facteur qualitatif influant l'action en responsabilité : celui de la complexité qu'induit naturellement le contentieux des activités à risque et qui ne saurait rester sans conséquences sur la situation des victimes requérantes.

§ 2. L'influence de la complexité de l'activité sur l'établissement de(s) responsabilités

911. L'omniscience du facteur complexe dans la formulation de la règle de responsabilité. Que ce soit à l'endroit du régime de responsabilité civile nucléaire ou à l'endroit de la règle de responsabilité, la complexité des activités à risque apparait comme un facteur justifiant davantage une responsabilité *même sans faute* que l'instauration de règles spécifiques entourant sa mise en œuvre. Cependant, de même que le choix d'une responsabilité *même sans faute* n'a pas été guidé par cette seule caractéristique⁴¹⁶⁵, le caractère sibyllin des événements susceptibles de se produire lors de la poursuite

⁴¹⁶⁴ C'est ainsi que nous avons évoqué le cas des co-responsables, intimement lié au principe de canalisation, dont nous souhaitons doter la règle de responsabilité et qui obéira à des règles procédurales, comme il le sera vu dans la seconde Section de ce Chapitre.

⁴¹⁶⁵ La règle trouve ainsi une justification équivalente dans sa dimension préventive.

d'une activité à risque, comme l'activité de fusion nucléaire, ne doit pas être l'attribut de la seule règle *stricto sensu*. Dans le cadre du contentieux en responsabilité, la victime peut en effet se trouver dans une position d'infériorité par rapport à l'exploitant, défendeur principal par principe, qui, lui, connaît les mécanismes de l'activité et ses défaillances éventuelles. Il est donc important que le déroulement du procès civil puisse prendre en considération l'ignorance potentielle de la victime et le fait que sa capacité d'investigation se trouve éprouvée par la complexité du contexte d'occurrence de son dommage. Davantage, le caractère *même sans faute* de la responsabilité de l'exploitant commande à l'envi qu'une attention particulière soit portée sur cette restitution des faits, sur la reconnaissance aux victimes de leur statut et sur le confortement de leur sentiment que le procès qu'elles engagent n'est pas vain. Il possédera cet effet pédagogique nécessaire à la poursuite de la fonction curative de l'institution⁴¹⁶⁶, sans préjuger des propositions qui seront formulées concernant la gestion des coresponsables et sans préjudice du caractère explicatif et subjectif du lien d'imputation à l'exploitant⁴¹⁶⁷. Il est justement reproché au procès civil son incapacité à tenir compte de cette particularité. Cela explique la préférence des victimes pour le procès pénal où l'établissement de la vérité, est principalement à la charge matérielle, intellectuelle et financière de l'État, et où le déroulé de l'instance autorise la reconnaissance de son statut, en permettant notamment sa confrontation avec le responsable⁴¹⁶⁸. Le moment est pourtant venu de relativiser cette assertion tant il est erroné d'affirmer la procédure civile n'est pas théoriquement armée pour faire face à ce type de contentieux eu égard à sa complexité scientifique et sociologique. Ainsi, le propos qui suit n'a pas plus vocation à proposer une réforme substantielle de ce droit qu'à montrer qu'il possède les éléments permettant à la responsabilité de poursuivre efficacement sa fonction réparatrice et qui sont peut-être aujourd'hui qu'insuffisamment déployés. Afin de ne pas sombrer trop profondément dans les affres de la procédure civile, ces quelques éléments de réflexion seront particulièrement envisagés par le prisme de l'instruction civile, autrement appelée « mise en état » par déférence à l'instruction pénale⁴¹⁶⁹, la seule étant, selon nous, à même de refléter cette qualité du procès civil.

912. Plan. Élément primordial du procès civil et le seul appelé à satisfaire les besoins des victimes, l'instruction civile montre en effet un intérêt certain à l'endroit des activités risque, telles les activités de fusion nucléaire (A.), justifiant de réfléchir aux tenants et aux aboutissants de son éventuel renforcement (B.).

A. L'influence de l'instruction civile sur la gestion du facteur complexe

913. L'existence d'un pouvoir d'instruction du juge civil. Le principe dispositif voulant que procès civil soit la chose des parties, il est souvent admis que la procédure y est principalement accusatoire : le juge, témoin de la querelle de ces dernières, n'apparaît que comme un tiers passif et neutre chargé d'entendre et de trancher la cause lui étant soumise. Ce présupposé n'a pourtant plus lieu d'être. Parce

⁴¹⁶⁶ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 1, § 2.

⁴¹⁶⁷ Voy. *infra* Section 2 et *supra* Chapitre 1, Section 2.

⁴¹⁶⁸ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 443, 449 et *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 2.

⁴¹⁶⁹ Sur le caractère synonyme (mais non moins critiqué) des termes « mise en état » et « instruction » : voy. O. SALATI, « Mise en état », *Répertoire de procédure civile*, 2021, §§ 1-5 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, pp. 664-665.

que « l'intérêt général est toujours présent dans le procès civil »⁴¹⁷⁰, l'initiative des parties n'y sera bien souvent valable que sous réserve importante de l'office du juge⁴¹⁷¹. Sans affirmer que le principe ne vaut plus selon lequel les parties ont la charge d'alléguer tous les faits propres à fonder leur prétention et qu'elles sont tenues d'en apporter la preuve, il convient simplement de noter que le juge détient aujourd'hui un pouvoir, et même un devoir, d'immixtion non négligeable dans la recherche des faits pertinents et l'établissement de la preuve ; cela notamment par le biais du pouvoir d'instruction qui lui est conféré et qu'il peut exercer d'office⁴¹⁷².

914. Plan. Preuve de ce principe général du droit selon lequel « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité »⁴¹⁷³, ce pouvoir d'instruction révélerait sa potentialité dans le contentieux des activités à risque, comme le contentieux des activités de fusion (1.), mais également quelques limites qu'il conviendra néanmoins de relativiser (2.).

1. La potentialité des pouvoirs d'instruction du juge civil

915. Plan. En raison des avantages que présentent les pouvoirs d'instruction du juge civil (a.), ce domaine paraît en effet constituer le terrain d'une évolution bienvenue permettant d'améliorer la condition des victimes d'activités à risque (b.).

a. Le double avantage du pouvoir d'instruction du juge civil.

916. La variété des mesures susceptibles d'être prise par le juge. À deux endroits, le pouvoir d'instruction du juge civil présente un intérêt certain. Le premier a trait au caractère excessivement varié des mesures dont ce dernier peut faire usage. D'un côté, le juge civil peut, à la demande d'une partie, ordonner la production de toute pièce par une autre partie ou par un tiers, et ce quand bien même cette production s'opérerait en leur défaveur⁴¹⁷⁴. Ces tiers pouvant même être une personne

⁴¹⁷⁰ Voy. L. CADIEU, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 3^{ème} ed, Paris, PUF, 2020, pp. 383 et ss, sp. p. 386 ou encore E. COUTURE, « Le procès comme institution », *RIDC*, 1950, p. 276 : « le procès comme une institution est situé au carrefour des chemins du droit public et du droit privé. Pour les parties, le procès est un instrument de satisfaction des droits privés. Pour l'État, c'est une forme de réalisation du droit ».

⁴¹⁷¹ Voy. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., p. 495 et plus généralement L. FLISE, E. JEULAND, *Le procès est-il toujours la chose des parties*, Paris, IRJS, 2015, 162 p.

⁴¹⁷² Voy. *Code de procédure civile*, art. 10 et 11. Destiné à garantir une instruction correcte du litige, ce pouvoir d'initiative concurrent du juge s'est en effet transformé en un « devoir de complétude dans l'administration de la preuve » : au visa de l'article 4 du Code de procédure civile, le juge a l'interdiction de refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties, et ce dès lors que cette insuffisance ne relève pas de leur négligence mais bien de difficultés techniques : voy. Cass. civ. 2, 21 janvier 1993, n°92-60610, *Bull. civ. II*, n°28, p. 14 ; Cass. civ. 2, 28 juin 2006, n°04-17224, *Bull. civ. II*, n°174, p. 166 ; S. AMRANI-MEKKI, « Insuffisance de preuve et déni de justice : un principe de complétude dans l'administration de la preuve », note sous Cass. civ. 2, 12 novembre 2015, n°14-16.603, *Gaz. Palais*, 9 février 2016, pp. 53 et ss ; « Les traditions probatoires en droit processuel », in M. MEKKI, L. CADIEU ET C. GRIMALDI (dirs.), *Regards croisés sur la preuve*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 111 et ss. ; F. FERRAND, « Preuve », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021, sp. § 404 ou encore J-M. LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et société*, 1998, n°38, pp. 21-32 et A. PONSARD, « Vérité et justice » in *La vérité et le droit*, Paris, Economica, 1987, pp. 637-694.

⁴¹⁷³ *Code civil*, art. 10 et pour sa confirmation en tant que principe général de droit : voy. CE, 10 mai 1974, *Rec. Lebon*, p. 276.

⁴¹⁷⁴ Voy. *Code de procédure civile*, sp. art. 11 et 138-142 ; F. FERRAND, « Preuve », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021, §§ 356 et ss ; C. BRAHIC LAMBREY, « Production forcée des pièces », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019, passim ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., pp. 511 et ss ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., pp. 1454 et ss ; Notons que le juge ne peut en principe ordonner d'office la production de pièce, bien que la question fasse l'objet d'exception et puisse être débattue : voy. F. FERRAND, « Preuve », op. cit., § 361 ; C. BRAHIC LAMBREY, « Production forcée des pièces », op. cit., §§9-13. Notons également que cette production forcée trouve une limite dans l'allégation d'un motif légitime et dans le fait qu'en toute hypothèse les mesures demandées par les parties ou ordonnées par le juge doivent être légalement admissibles ; cela bien que, sous l'impulsion du juge européen, l'émergence d'un droit à la preuve ait pu tendre à repousser les limites de la licéité : voy. *Code de Procédure civile*, art. 10, 11, 142 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., pp. 497 et ss ; CEDH, *LL c. France*, 10 octobre 2006, req. n°7508/02 ; Cass. civ. 1, 5 avril 2012, n°14.11.177, *Bull. civ. I*, n°85 et F. FERRAND, « Preuve », op. cit., sp. §§ 5, 370.

publique, l'intérêt de cette mesure s'entraperoit dans le cadre du contentieux des activités à risque où l'exploitant, mais également l'administration, peut disposer d'informations susceptibles d'éclairer le déroulement des faits⁴¹⁷⁵. Tel pourrait ainsi être le cas de l'Autorité de sûreté nucléaire chargée d'enquêter sur les causes d'un « accident » survenant sur une installation de fusion⁴¹⁷⁶. Mais au-delà, le juge dispose d'un arsenal de mesures d'instruction qu'il peut exercer de sa propre initiative⁴¹⁷⁷, lesquelles vont de la comparution personnelle des parties au recours à quelconque technicien, en passant par l'audition de témoins⁴¹⁷⁸. Quant au second avantage du pouvoir d'instruction du juge civil, il réside dans le fait que ce pouvoir appartient, par principe, à tous les juges. Dans le cadre d'un contentieux en responsabilité du fait des activités à risque, on peut néanmoins considérer que deux juges en soient utilement chargés.

917. La variété des juges susceptible d'adopter les mesures. D'abord, cette compétence peut revenir au juge, qui, saisi par référé ou par requête, serait chargé de recueillir avant tout procès des mesures d'instruction *in futurum*⁴¹⁷⁹. Cette procédure, autrement appelée référé probatoire, vise le cas dans lequel une personne dispose d'un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve d'un fait dont pourrait dépendre la solution d'un litige dont on suppose qu'il relèvera *in fine* du juge judiciaire⁴¹⁸⁰. Elle serait d'une utilité certaine dans le cadre du contentieux des activités à risque en témoigne son utilisation dans le cadre de l'accident survenu sur la centrale nucléaire du Tricastin et dans laquelle l'expertise *in futurum* est apparue de « seule nature à permettre un véritable débat contradictoire dans une totale transparence »⁴¹⁸¹. N'impliquant aucun préjugé sur la responsabilité de la personne appelée à la procédure, la mobilisation de l'instruction *in futurum* permet ainsi aux victimes tant de conserver des preuves que de jauger la recevabilité et le bien-fondé de leur action avant de l'introduire sur le fond. À l'endroit du contentieux en responsabilité du fait des activités à risque, elle présenterait donc cet avantage d'autoriser les victimes, comme les victimes d'un « accident » de fusion nucléaire, à vérifier préalablement que les conditions relatives à l'applicabilité de la règle *stricto sensu* sont bien remplies dans leurs cas.

Une fois l'action introduite sur le fond, l'instruction peut ensuite être dévolue à un autre juge : le juge de la mise en état. Au cœur de la procédure écrite ordinaire devant le tribunal judiciaire, dont on peut préjuger qu'elle sera applicable au contentieux visé⁴¹⁸², ce juge est, comme son nom l'indique, saisi

⁴¹⁷⁵ Cass. civ. 1, 20 décembre 1993, n°92-12.819, *Bull. civ. I*, n°380, p. 264 ; Cass. civ. 1, 21 juillet 1987, n°85-16.436, *Bull. civ. I*, n°248, p. 181.

⁴¹⁷⁶ Voy. *Code de l'environnement*, art. L592-35 et ss.

⁴¹⁷⁷ Voy. *Code de procédure civile*, art. 143 à 284-1 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, pp. 527 et ss ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, pp. 1467 et ss ; L. CADIEU, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, pp. 776 et ss.

⁴¹⁷⁸ Voy. sp. G. CHABOT, « Comparution personnelle », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019 ; M. REDON, « Mesures d'instruction confiées à un technicien », *Répertoire Dalloz procédure civile*, 2021 ; M. REDON, « Enquête, témoins, attestations », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021.

⁴¹⁷⁹ Voy. *Code de procédure civile*, art. 145 ; F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, §§ 373 et ss.

⁴¹⁸⁰ Ainsi, avant tout procès, la compétence du juge des référés peut être admise quand bien même ce contentieux releverait en partie de l'ordre juridictionnel administratif, sans que cela porte atteinte au principe de séparation des pouvoirs : voy. TC, 23 octobre 2000, n°3220, *Rec. Lebon* ; Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 1986, n°84-17.167, *Bull. civ. I*, n° 204, p. 196 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1991, n° 89-20.148, *Bull. civ. I*, n°70, p. 45 ; Cass. civ. 2^e, 16 mai 2002, n° 00-17.271, *Bull. civ. I*, n°102, p. 81.

⁴¹⁸¹ TGI, Ordonnance de référé du 8 août 2008, n°08/00239 ; C. LIEHNARD, « Nucléaire : référé probatoire et impératif de totale transparence », *Journal des accidents et des catastrophes*, n°83 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 465.

⁴¹⁸² Le cas échéant, il s'agira de la recommander.

chaque fois qu'une affaire n'est pas en état d'être jugée au fond⁴¹⁸³. Il dispose ainsi d'un pouvoir très étendu sur l'affaire qu'il est chargé de mettre en « état matériel », mais également en « état intellectuel » d'être jugée⁴¹⁸⁴. S'il bénéficie, à ce titre, d'un pouvoir d'instruction, on peut souligner qu'il dispose en sus d'une pluralité de prérogatives administratives et juridictionnelles susceptibles d'intéresser le contentieux des activités à risque. Il est ainsi autorisé à joindre des instances, mécanisme dont on pourra apprécier l'opportunité tant au regard de l'équité qu'elle propose qu'au regard de l'instruction commune qu'elle autorise⁴¹⁸⁵. Il peut entendre les parties, leur adresser des injonctions, leur faire des suggestions sur la forme et le fond. Il peut accorder une provision aux victimes ou encore inviter les parties à mettre en cause des tiers, et donc des coresponsables éventuels⁴¹⁸⁶. Ainsi, ce pouvoir qu'il exerce jusqu'à ce que l'affaire soit prête à être entendue sur le fond, et même plus précisément jusqu'à l'ouverture des débats⁴¹⁸⁷, est relativement représentatif de cette contribution du juge dans la recherche de la vérité, indispensable après la survenance d'un événement de fusion nucléaire, et dans l'exercice d'une justice apte à réceptionner les victimes d'un tel événement. Pour cela, il est un terrain d'évolution pertinent ; cela bien plus que l'audience de jugement appelée à juger l'affaire sur le fond.

b. La mobilisation opportune du pouvoir d'instruction du juge civil.

918. Les faiblesses du juge civil focalisées sur l'audience du procès civil. Si l'on peut parfois reprocher au juge civil un certain hermétisme⁴¹⁸⁸, c'est surtout lorsque notre regard se porte sur le pouvoir du juge siégeant en audience de jugement⁴¹⁸⁹, ou sur cette audience en elle-même, loin de constituer l'enceinte dans laquelle les victimes peuvent se satisfaire de voir le défendeur « passer quelques heures au tribunal, astreint à se lever lors de l'entrée des magistrats, devoir répondre aux interrogations du juge » et qui produit « plus d'effet que la réception d'un courrier annonçant le résultat d'un procès »⁴¹⁹⁰. Il est vrai que bien qu'elle se veuille interactive sur la base du rapport

⁴¹⁸³ Dans le cadre de la procédure écrite ordinaire, une fois l'instance introduite, le juge va tenir une audience dite audience d'orientation au cours de laquelle il va pouvoir jeter un premier regard sur l'affaire et apprécier la mesure dans laquelle cette dernière est en état d'être jugée. A l'issue de cette audience, plusieurs possibilités s'offrent au juge lesquelles dépendent justement de l'avancement de l'affaire. S'il apparaît que l'affaire n'est pas en état d'être jugée, parce que la complexité de cette dernière impose que soit menée une véritable instruction civile, ce dernier peut alors saisir un juge dont le rôle sera justement d'impulser cette instruction, laquelle se déroulera alors exclusivement sous son contrôle : voy. *Code de procédure civile*, art. 776 et ss ; L. MINIATO, « L'évolution du juge de la mise en état » in C. GINESTET (dir.), *La spécialisation des juges*, Toulouse, PUT, 2012, pp. 35-49 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., pp. 1193 et ss ; S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., pp. 1287-1198 et 1208 et ss ; O. SALATI, « Mise en état », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021 ; M. DOUCHY-OUUDOT, « Tribunal judiciaire – Procédure contentieuse écrite – Procédure ordinaire : mise en état », *JCL Procédure civile*, fasc. 1100-85, 2020.

⁴¹⁸⁴ Voy. *Code de procédure civile*, art. 789 et sur ce pouvoir exclusif du juge de la mise en état et ses tempéraments : S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., pp. 1223-1224 ; O. SALATI, « Mise en état », op. cit., § 72.

⁴¹⁸⁵ Voy. *infra*.

⁴¹⁸⁶ Voy. sur tous ces pouvoirs *Code de procédure civile*, art. 780 à 789.

⁴¹⁸⁷ S'il n'y a pas d'audience (voy. note ci-dessous), il est dessaisi au moment du dépôt des dossiers des parties : voy. *Code de procédure civile*, art. 799.

⁴¹⁸⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de la responsabilité », op. cit., p. 22.

⁴¹⁸⁹ Ce n'est donc pas tant d'évoquer cette tendance croissante à la suppression progressive de l'audience « sevrant », pour reprendre l'expression de Raymond MARTIN, les avocats de leur plaidoirie. Il existe effectivement différentes possibilités sur ce point, allant de la suppression d'audience, à l'audience tenue devant le seul juge de la mise en état, en passant par la convocation des chambres réunies. Néanmoins, toutes ces modalités sont soumises à l'accord des parties et, par-delà, une audience se tiendra chaque fois que l'oralité serait rendue nécessaire car le juge ne peut statuer sur les seules preuves écrites : voy. R. MARTIN, « Les avocats sevrés de plaidoirie, Libre propos », *JCP* 2006, n°96, p. 3 ; *Code de l'organisation judiciaire*, art. L 212-5-1, art. R. 212-9-1 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., pp. 1305-1307 ; O. SALATI, « Mise en état », op. cit., §§ 158 et ss.

⁴¹⁹⁰ C. HUGON, « Le consommateur de justice » in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, op. cit., sp. pp. 535-536.

explicité à l'oral par le juge rapporteur⁴¹⁹¹, et bien qu'elle ne désinvestisse pas le président de son pouvoir de police⁴¹⁹², cette audience ne peut pas avoir le caractère cinégenique du procès pénal. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que les parties ne sont pas tenues, par principe, d'y comparaître personnellement⁴¹⁹³. Mais le but n'est pas d'y poursuivre le débat qui s'est contradictoirement tenu lors de la mise en état. Il est d'exposer oralement les écritures des parties, et le cas échéant, d'éclairer les magistrats⁴¹⁹⁴. Est-ce ainsi dire que le procès civil se trouve alors inadapté à recevoir le contentieux des activités à risque ? Certainement pas.

919. Des faiblesses autorisant à mettre en lumière le rôle du juge de la mise en état. D'une part, rien n'impose que l'audience de jugement soit cantonnée au rapport et aux plaidoiries. Le pouvoir du juge étant discrétionnaire, un technicien chargé d'une mesure d'instruction, par exemple un expert en physique nucléaire, peut être invité à venir éclairer ses conclusions sur la réalisation d'un risque nucléaire de fusion. Il se peut même qu'une comparution personnelle des parties y soit ordonnée, notamment s'il importe au juge chargé d'instruire le dossier qu'elle ait lieu devant la formation de jugement⁴¹⁹⁵. D'autre part, conclure ici à l'inadaptabilité du procès civil revient à le réduire à la tenue de l'audience de jugement, là où toute son importance se trouve au stade de la mise en état. À ce moment le juge peut en effet, sans que la mise en état ne soit pour autant rouverte à l'audience de jugement⁴¹⁹⁶, organiser d'office ou à la demande des parties cette comparution personnelle des parties, les confronter entre elles, avec un témoin ou encore avec un technicien⁴¹⁹⁷, et les questionner à son initiative ou à celles des victimes, afin de permettre « cette difficile, mais nécessaire confrontation avec le [responsable] »⁴¹⁹⁸. Alors certes, cette mesure reste, comme toute mesure d'instruction, à la discrétion du juge. Il est vrai que si le juge peut souverainement tirer toute conséquence de l'absence ou du refus de répondre d'une partie⁴¹⁹⁹, on ne saurait pour autant obliger une partie à comparaître par la force. Pour ceux qui, légitimement, se prennent à rêver d'une procédure spécifique à certains types de contentieux, dans laquelle le procès pourrait « développe[er] des vertus qui sont celles du procès pénal »⁴²⁰⁰, ces quelques limites apparaissent décevantes. Elles caractérisent pourtant dans le même temps toute l'adaptabilité du procès civil, qui loin de connaître la rigidité du procès pénal et de ses règles, permet au juge de s'adapter aux circonstances de la cause qu'il a à trancher. Pour cela, si le droit processuel civil connaît des vertus non négligeables, c'est finalement sur le terrain de la mise en état qu'on les trouve principalement. C'est d'ailleurs compte tenu de cette même souplesse qu'il s'agit

⁴¹⁹¹ Voy. *Code de procédure civile*, art. 785 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., p. 1305 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile* (hypercours), Paris, Dalloz, 2021, p. 506 et J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, 15 juin 2004, p. 55

⁴¹⁹² Notamment d'interroger les parties, soit personnellement, soit par le biais de leurs avocats : voy. *Code de procédure civile*, art. 8, 13, 441 et 442 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., pp. 1145 et ss.

⁴¹⁹³ Le jugement rendu peut être rendu contradictoire alors même que les parties ne comparaitraient où ne seraient pas représentées : voy. *Code de procédure civile*, art. 467-479 et S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., pp. 616 et ss.

⁴¹⁹⁴ Voy. *Code de procédure civile*, art. 440.

⁴¹⁹⁵ Voy. *Code de procédure civile*, art. 186 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., pp. 541-542 ; G. CHABOT, « Comparution personnelle », *Répertoire Dalloz procédure civile*, 2021, § 38.

⁴¹⁹⁶ Sur les causes et modalités de la révocation des ordonnances de clôture de la mise en état : voy. S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., p. 1303-1304.

⁴¹⁹⁷ Voy. *Code de procédure civile*, art. 190.

⁴¹⁹⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'éthique de responsabilité », op. cit., p. 22.

⁴¹⁹⁹ Voy. *Code de procédure civile*, art. 198 ; G. CHABOT, « Comparution personnelle », *Répertoire dalloz procédure civile*, 2021, §§ 79-81.

⁴²⁰⁰ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 437 ; C. HUGON, « Le consommateur de justice », op. cit., p. 534.

de relativiser les critiques qui seraient résiduellement susceptibles d'être formulées à l'encontre de l'insuffisance de ce pouvoir d'instruction dans le cadre du contentieux en responsabilité des activités à risque, telle que celui susceptible de naître d'un événement dommageable de fusion.

2. Les limites relatives du pouvoir d'instruction du juge civil

920. L'existence d'une double limite au pouvoir d'instruction du juge civil. Au terme du propos précédent, il est possible de conclure que le procès civil dispose des outils permettant de réceptionner efficacement le contentieux en responsabilité du fait des activités à risque dans sa dimension scientifique et sociologique. Le temps est néanmoins à la relativisation de notre propos. Affirmer sans réserves que le juge dispose d'une totale liberté dans l'appréciation des mesures qu'il pourrait mettre en œuvre au service de l'établissement de la vérité ferait fi des limites juridiques qui s'opposent au déploiement de ce pouvoir. Outre l'exigence de licéité⁴²⁰¹ et le respect éminent du principe du contradictoire⁴²⁰², lequel est d'autant plus prégnant dans les affaires complexes⁴²⁰³, les principales limites au pouvoir d'instruction du juge sont doubles. D'une part, et conformément à l'article 146 du Code de procédure civile, le juge a l'impossibilité d'ordonner des mesures d'instruction visant à suppléer la carence des parties⁴²⁰⁴. Il ne peut agir que sur un fait allégué par une partie qui, bien que ne disposant pas d'éléments suffisants à le prouver, en rapporte toutefois le caractère vraisemblable⁴²⁰⁵. D'autre part, et conformément à l'article 147 du même code, le juge est tenu à une obligation d'économie, dans ce sens qu'il doit limiter les mesures d'instruction à celles qui sont suffisantes pour trancher le litige, en s'attachant ainsi à retenir les mesures les plus efficaces et les moins onéreuses⁴²⁰⁶.

De prime abord, ces limites peuvent donc créer le doute sur la suffisance de l'instruction civile à satisfaire les besoins des victimes, et particulièrement celle tirée de l'article 147. Parce que la responsabilité de l'exploitant est recherchée *même sans faute*, le danger est en effet prégnant que toute mesure ordonnée par le juge visant l'établissement de la vérité, au-delà de ce qui est nécessaire pour l'établissement de la responsabilité, constitue une mesure « frustratoire » à laquelle une partie adverse pourrait s'opposer⁴²⁰⁷, car tenue de la financer *in fine*⁴²⁰⁸. Il pourrait ainsi exister un écart entre la

⁴²⁰¹ Voy. *Code de procédure civile*, art. 10, 143.

⁴²⁰² Voy. *Code de procédure civile*, art. 14 et ss., et 160 et F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, §§ 411, 431 et ss ou encore G. TARZIA, « Les pouvoirs d'office du juge en matière de preuve » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 474 soulignant que dans l'exercice des pouvoirs probatoires du juge, l'exigence du contradictoire doit être « perçue comme une limite infranchissable à l'introduction de toute preuve ou à son élaboration dans l'instance » et que les « frontières de la preuve civile » doivent être « fixées par conséquent avec précision, loin de toute "déformalisation" et "généralisation" des mesures d'instruction, qui ne respecteraient pas les droits de la défense ».

⁴²⁰³ Voy. CEDH, *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, req. n°21497/93, § 36 dans lequel la Cour avait ainsi pu relever l'importance du caractère contradictoire lorsqu'une expertise relevant d'un domaine technique susceptible d'échapper à la connaissance du juge peut influencer sur son appréciation, et plus généralement CONSEIL DE L'EUROPE, *Guide sur l'article 6 - Droit à un procès équitable (volet civil)*, Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2021, pp. 83 et ss.

⁴²⁰⁴ Voy. *Code de Procédure civile*, art. 146

⁴²⁰⁵ Voy. pour exemple Cass. civ. 1, 4 février 1981, *Bull. civ. I*, n°48 ; Cass. civ. 1, 26 juin 2001, n°99-21.479, *Bull. civ. I*, n°191, p. 121 et plus généralement F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, §§ 414 et ss.

⁴²⁰⁶ Voy. pour exemple Cass. civ. 3, 11 janvier 1978, n°76-12.771, *Bull. civ. III*, n°30, p. 22.

⁴²⁰⁷ Voy. *Code de procédure civile*, art. 150 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, p. 1471.

⁴²⁰⁸ Voy. sur la question économique, les développements qui suivront *infra*. Pour cela, l'utilisation du terme « frustratoire » apparaît opportune, en sus d'avoir déjà été utilisé par le juge civil pour viser une mesure inutile susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir

recherche des causes scientifiques de l'évènement dommageable de fusion nucléaire et la recherche des éléments suffisants à trancher sur l'application de la règle de responsabilité. C'est-à-dire la démonstration de la réalisation du risque nucléaire de fusion. Faisant en quelque sorte miroir avec la dichotomie entre causalité scientifique et causalité juridique, cet élément de fait limite le juge dans la recherche de la vérité et frustre les victimes, justifiant qu'il soit encouragé, sur ce terrain, un renforcement du pouvoir du juge. Il faut pourtant se défier des faux problèmes, car cela peut conduire à des solutions dangereuses. En effet, qu'il s'agisse de l'une comme de l'autre, ces limites trouvent soit des tempéraments, soit des justifications dont l'examen permet, paradoxalement, d'affirmer qu'elle renforce les qualités du procès civil.

921. Des limites participant (paradoxalement) au renforcement du procès civil. Concernant la limite tirée de l'article 146, s'il convient d'abord souligner qu'elle ne tient – du moins jusqu'à peu – le juge saisi d'une demande d'instruction *in futurum*⁴²⁰⁹, elle trouve un tempérament dans le cadre du contentieux des activités à risque. Le juge, seul à même d'apprécier la carence des parties dans l'établissement de la preuve, reste en effet souverain pour prendre cette décision⁴²¹⁰, et ce bien qu'elle puisse possiblement faire l'objet d'un recours⁴²¹¹. Davantage, s'il y a des domaines dans lesquels certaines mesures d'instruction sont apparues de droit⁴²¹², la complexité du contentieux des activités à risque, surtout des activités de fusion, autorise à penser que puisse y être admis *ipso facto* l'expertise. Tel est le sens que l'on peut conférer aux mots du juge saisi, certes en référé probatoire, dans le cadre de l'accident nucléaire de fission survenu sur la centrale du Tricastin :

« dans le domaine particulier de la gestion du nucléaire civil, rien ne doit être caché à la population et à ses représentants pouvant ressentir les effets d'incidents sur site. Ne pas faire droit à l'expertise serait nier le droit pour toute personne directement concernée de rechercher, par tous moyens légaux, la vérité propre à permettre de préserver ses droits et à éviter pour l'avenir que surviennent de telles conséquences dommageables »⁴²¹³.

Quant à la limite relative à l'obligation d'économie du juge dans l'utilisation des mesures d'instruction (art. 147), elle appelle également à la modération. Il faut en effet comprendre que son but est d'éviter d'imposer aux parties un procès, certes coûteux, mais surtout excessivement long. Ainsi que l'on promeuve un besoin de vérité des victimes ne doit pas faire oublier que ce besoin est subjectif et donc

(voy. Cass. civ. 1, 16 février 1999, n°97-12.781) car il est également utilisé pour désigner les « frais frustratoires » qui sont les frais de procédure jugés inutiles engagés par un avocat ou un officier ministériel et susceptibles d'être mis à leur charge par la décision de justice qui statue sur les dépens.

⁴²⁰⁹ L'article 145 qui fonde le pouvoir du juge saisi pour l'instruction *in futurum* serait en effet autonome des conditions de l'article 146 : voy. Cass., ch. mixte, 7 mai 1982, n°79-11.814, n°79-12.006, n°79-11.974, *Bull. civ. CM*, n°2 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, p. 1470 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, pp. 1410-1411 ; F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, § 377. Notons toutefois que ce principe semble avoir été remis en cause récemment : voy. Cass. civ. 2, 25 mars 2021, n°20-14.309 ; T. GOUJON-BETHAN, « Les mesures d'instruction *in futurum* à l'épreuve du droit à la preuve », *D. Act.*, 17 septembre 2021.

⁴²¹⁰ Voy. Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1998, n° 95-19.902, *Bull. Civ. I*, n°3, p. 2 évoquant un pouvoir discrétionnaire du juge nuancé par Cass. civ. 2, 26 juin 2008, n°07-13.875, *Bull. civ. II*, n°156 évoquant un pouvoir souverain devant faire l'objet de motivation. Voy. plus généralement F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, § 404 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, pp. 1469-1470.

⁴²¹¹ Voy. *supra* note 4208.

⁴²¹² Il en va ainsi en matière de filiation où l'expertise biologique est apparue de droit : voy. Cass. civ. 1, 28 mars 2000, n°98-12.806, *Bull. civ. I*, n°103, p. 69 ; Cass. civ. 1, 30 mai 2000, n°98-16.059 et plus généralement F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, 417. On pourra d'ailleurs rapprocher cette solution de la jurisprudence de la CEDH faisant naître « un droit à la preuve » notamment en vertu du droit de l'enfant de connaître ses origines : CEDH, *Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2005, req. n°58757/00.

⁴²¹³ TGI, Ordonnance de référé du 8 août 2008, n°08/00239 cité par L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, p. 466.

pas invariable : nul ne peut sonder les esprits. Surtout, cette promotion ne doit pas faire perdre de vue que ce besoin doit également se concilier avec le souci d'une justice bien administrée, c'est-à-dire « une justice à la fois accessible, sereine et efficace »⁴²¹⁴. Dans ce contexte, une confiance doit donc être accordée au juge, lequel est *a priori* le seul à même de mesurer les intérêts des parties et satisfaire la recherche de la vérité tout en préservant les portefeuilles, et surtout en ménageant les victimes elles-mêmes. Par-delà l'exigence d'efficacité et de célérité de la justice civile⁴²¹⁵ – qui peut faire l'objet d'aménagements selon la complexité scientifique de l'affaire⁴²¹⁶ ou du droit applicable⁴²¹⁷ –, il n'y a donc qu'un intérêt relatif à faire sombrer les victimes dans une procédure tout aussi obscure que l'évènement à l'origine de leur mal.

De surcroît, nous rappelons que les victimes ne sont pas les seules à voir un intérêt dans le rétablissement de la vérité. Affirmer l'inverse reviendrait à remettre en cause la conscience professionnelle du juge qui doit être instruit de l'affaire – plus qu'il ne doit instruire l'affaire⁴²¹⁸ – pour pouvoir la juger convenablement, voire à remettre en cause son impartialité et son respect du principe d'égalité des armes⁴²¹⁹. Étant tenu de mettre l'affaire en état « intellectuel » d'être jugée « à charge comme à décharge »⁴²²⁰, le juge peut être personnellement motivé à éclairer les faits susceptibles d'orienter son jugement. Plus encore, il pourrait être invité à ordonner des mesures d'instruction à la demande du *primo* défendeur, c'est-à-dire l'exploitant. Que l'exploitant soit le *primo* responsable ne signifie pas que sa responsabilité ne peut être partagée. C'est ainsi que la responsabilité du sous-traitant ayant commis une faute dans la manipulation d'une substance radioactive de fusion a déjà été envisagée comme source d'une responsabilité concurrente. Cela ne signifie pas non plus que sa responsabilité n'est susceptible d'aucune exonération. Celui-ci chercherait donc à rapporter la preuve de l'intervention d'un tiers ou de tout autre élément susceptible d'influer sur l'existence de sa responsabilité ou *au minimum* son exclusivité. Nécessairement, cela conduirait à approfondir l'instruction de l'affaire. Autrement dit, que ce soit le juge par lui-même ou sur demande de l'exploitant, cet état de fait serait susceptible de justifier *de facto* d'approfondir l'instruction, par-delà le seul intérêt des victimes et indépendamment de toute obligation incombant au juge sur ce point.

⁴²¹⁴ J. ROBERT, « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, p. 118.

⁴²¹⁵ La Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement, au titre de l'article 6§1, que « même lorsqu'une procédure est régie par le principe dispositif, qui consiste à donner aux parties des pouvoirs d'initiative et d'impulsion, il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable » : voy. CEDH, *Nicolai de Gorhez c. Belgique*, 16 octobre 2007, req. n°11013/05, § 31. Or ces exigences s'appliquent aux mesures d'instruction qui peuvent faire perdre du temps aux parties : voy. CEDH, *C.D. c/ France*, 7 janvier 2003, req. n° 42405/98.

⁴²¹⁶ La complexité de l'affaire en fait comme en droit peut justifier un tempérament à l'exigence du délai raisonnable, qu'il s'agisse du nombre de parties impliqués ou des éléments requis, tel que le nombre de rapports d'expertises : voy. CEDH, *Papachelas c. Grèce*, 25 mars 1999, req. n°31423/96, § 39 ; CEDH, *Katte Klitsche de la Grange c. Italie*, 27 octobre 1994, req. n°12539/86, § 55 ; CEDH, *H. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, req. n°9580/81 § 72 ; CEDH, *Humens c. Pologne*, 15 octobre 1999, req. n°26614/95, § 63 et surtout CEHD, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie*, 25 juin 2019, req. n°41720/13, § 210.

⁴²¹⁷ Sur le manque de clarté et de prévisibilité de la loi applicable comme facteur d'allongement toléré de la procédure : CEDH, *Paroisse gréco-catholique Lupeni et a. c. Roumanie*, 29 novembre 2016, req. n°76943/11, § 150.

⁴²¹⁸ Cette différence est l'une des raisons pour lesquelles l'utilisation du terme « instruction » a pu être regretté au civil : voy. O. SALATI, « Mise en état », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021, § 2 ; G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 3^{ème} ed, Paris, PUF, 1996, n°137.

⁴²¹⁹ Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire : CEDH, *Dombo Beher c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, req. n°14448/88, §§ 32-33 ; CEDH, *Ankerl c. Suisse*, 23 octobre 1996, req. n°17748/91, § 38 et Conseil de l'Europe, *Guide sur l'article 6 – Droit à un procès équitable (volet civil)*, *op. cit.*, pp. 83 et ss.

⁴²²⁰ On nous excusera l'emploi d'une expression pénaliste néanmoins représentative des intérêts en présence.

Il résulte de l'étude de ces limites qu'elles n'enlèvent pas grand-chose à la souplesse dont dispose le juge civil, et lui permettent surtout de s'adapter au contentieux qu'il doit réceptionner en satisfaisant aux exigences d'efficacité, de célérité et d'impartialité auxquelles il est tenu. On comprend que ces quelques tempéraments ne peuvent suffire à convaincre sur la potentialité du pouvoir d'instruction du juge civil. Il faut néanmoins être conscient qu'un tel renforcement ne saurait s'opérer sans contrepartie, lesquelles obligent ainsi à faire la part des choses entre les éléments sur lesquels il est utile d'agir à court terme et ceux qui ne peuvent faire l'objet d'une réponse certaine. C'est là l'objet des prochains développements.

B. L'influence du facteur complexe sur la consolidation de l'instruction civile

922. Plan. La tentation est grande d'envisager un renforcement de l'office du juge dans le cadre du contentieux en responsabilité du fait des activités à risque, mais des éléments extrinsèques à ce pouvoir peuvent être l'objet d'une réforme plus opportune. Tel est du moins ce que le propos suivant démontre par l'identification des limites actuelles et véritables au déploiement effectif du pouvoir d'instruction du juge (1.), lesquelles ramènent une nouvelle fois à la question du tribunal compétent pour traiter de la demande des victimes d'activités à risque (2.).

1. Un renforcement circonspect du pouvoir d'instruction du juge civil

923. Plan. L'identification des limites au renforcement des pouvoirs d'instruction du juge civil (a.) conduit à identifier les éléments extrinsèques à ce pouvoir qu'il y aurait opportunité à réformer (b.).

a. Un renforcement intrinsèque ambivalent du pouvoir d'instruction du juge civil.

924. Des propositions de réformes commandées par la prudence. Un renforcement des pouvoirs d'instruction du juge civil, l'autorisant à déployer tout l'arsenal des mesures dont il dispose, constitue une réelle tentation au regard de la particularité susceptible d'affecter le contentieux du fait des activités à risque et de la recherche de la vérité qu'il peut commander, et ce d'autant plus sur un événement nouveau et sensible que constituerait un événement nucléaire de fusion. Dans cette hypothèse, le risque est cependant latent que le juge n'apparaisse plus comme le tiers impartial dont les victimes tirent la légitimité de leurs demandes⁴²²¹, mais un organe à leur service. Ce pouvoir grandissant, même sans cet état avéré de partialité, peut ainsi emporter des conséquences d'un point de vue organisationnel, lorsqu'il concerne le juge de la mise en état. Le défaut d'impartialité ne pouvant être qu'apparent⁴²²², cela peut commander que ce dernier soit écarté de l'audience de jugement au-delà de ce que sa mission lui impose : l'établissement d'un rapport neutre⁴²²³. Cela

⁴²²¹ Rapprochez *supra* Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

⁴²²² L'impartialité s'apprécie autant dans sa dimension objective que subjective (« *justice must not only be done, it must also be seen to be done* »): voy. CEDH, *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, req. n° 17056/06, § 96 ; CEDH, *Wettstein c. Suisse*, 21 décembre 2000, req. n° 33948/96 § 44 ; CEDH, *Pabla Ky c. Finlande*, 22 septembre 2004, req. n° 47221/99, § 30 et plus généralement Conseil de l'Europe, *Guide sur l'article 6 – Droit à un procès équitable (volet civil)*, *op. cit.*, pp. 61 et ss

⁴²²³ Voy. *Code de procédure civile*, art. 804 précisant cette neutralité que doit comporter le rapport effectué par le juge de la mise en état, ou le cas échéant, le juge désigné pour ce faire.

conduit donc à transformer ce juge en une juridiction autonome⁴²²⁴. Il en résulterait un effet potentiellement « préjudiciable à la qualité de la décision puisque celui qui connaîtrait le mieux le dossier serait exclu de la formation de jugement »⁴²²⁵.

925. Des propositions de réformes néanmoins opportunes. Que l'on tende à exposer les limites des solutions visant elles-mêmes à résorber les limites du pouvoir de juge ne signifie cependant pas que nous soyons fermés à toute proposition ou à toute réforme. Même sans ce renforcement des pouvoirs des juges, il faut se questionner sur la mise à l'écart du juge de la mise en état, si un contentieux particulièrement complexe devait *de facto* l'obliger à s'investir véritablement dans l'instruction d'un dossier⁴²²⁶. Typiquement, cela peut être le cas de la survenance d'un événement nucléaire de fusion particulière dommageable. Pareillement, sans autoriser à l'excès le juge à mobiliser tout l'arsenal dont il dispose au-delà de ce qu'impose raisonnablement le litige, un renforcement sporadique de ses pouvoirs n'est pas dénué de fondement. Dans le cadre toujours d'un événement de fusion, ce dernier peut être encouragé à ordonner une comparution personnelle du responsable et dès lors être autorisé à assortir son inexécution de sanctions⁴²²⁷. Un élargissement de son office à l'endroit de la production des pièces probantes peut également être pensé. Sur ce dernier point, si la consécration d'un avatar de la procédure de *discovery* américaine a été envisagée⁴²²⁸, une réforme des prérogatives du juge concernant la production de pièces issues d'une information judiciaire en cours nous paraît encore plus opportune⁴²²⁹. En effet, le contentieux en responsabilité du fait des activités à risque fait partie de ces contentieux dans lesquels la probabilité que se déroule une information judiciaire parallèle, voire préalable, à l'action civile est très forte⁴²³⁰. On ne peut d'ailleurs nier l'intérêt d'une telle procédure parallèle quand on sait que le juge d'instruction pénal « incarne à lui seul l'institution sommée de dire

⁴²²⁴ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile, op. cit.*, pp. 1195 ; L. MAYER, « Le juge de la mise en état constitue-t-il une juridiction autonome ? », *JCP* 2016, doct. 1296.

⁴²²⁵ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile, op. cit.*, pp. 1195-1196 ; O. SALATI, « Mise en état », *op. cit.*, § 23 et également S. GUINCHARD, « Rapport de synthèse » in C. GINESTET, *La spécialisation des juges, op. cit.*, pp. 223 et ss, sp. § 75.

⁴²²⁶ Voy. sur cette question nouvelle obligeant un raisonnement par analogie : O. SALATI, « Mise en état », *op. cit.*, §§ 19-25.

⁴²²⁷ Voy. sur l'idée d'une comparution obligatoire A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile, op. cit.*, p. 437.

⁴²²⁸ Voy. en ce sens A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile, op. cit.*, p. 445 et F. AGOSTINI, N. MOLFESSIS, *Amélioration et simplification de la procédure civile, Rapport remis au garde des Sceaux*, 2018, p. 31.

⁴²²⁹ Alors que le juge civil ne peut déjà pas par principe ordonner d'office la production d'une pièce détenue par un tiers, la possibilité qu'il a de se faire communiquer les pièces d'une instruction pénale en cours s'avère d'autant plus limitée. Plus encore, la mesure dans laquelle les pièces d'une instruction pénale peuvent être produites lors d'un procès civil, si elle s'avère être une question simple, n'en connaît pas moins une réponse excessivement complexe, laquelle est essentiellement liée aux restrictions d'accès et surtout à leur utilisation au nom du principe du secret de l'instruction posé par l'article 11 du Code de procédure pénale, et aux dérogations plus ou moins légales qu'il connaît. S'il a ainsi été admis par la jurisprudence qu'une partie civile non soumise au secret de l'instruction serait autorisée à produire dans un procès civil des pièces dont on présume qu'elles lui auraient été régulièrement communiquées, et notamment des rapports d'expertise, l'étendue de ce droit apparaît néanmoins incertaine. Dans ce contexte, la seule certitude est en réalité celle selon laquelle le ministère public, dont on verra ci-après qu'il peut intervenir dans une instance civile, est autorisé à y lever le secret de l'instruction. Pour cela, d'aucuns ont pu inviter à la réflexion sur une réforme sur ce point et notamment l'octroi de prérogative au juge de la mise en état : voy. sur cette question E. UMBERTO GOÛT, « Le sort des pièces de la procédure pénale devant le juge civil », *LPA*, n°245, 2018, pp. 6-8 ; V. NIORE, « Requiem pour le droit à la communication par l'avocat des pièces d'un dossier pénal en cours d'enquête ou d'instruction aux débats civils », *Gaz. Pal.*, 2017, n°33, pp. 18-20 ; A. VEY, « L'accès aux pièces d'une procédure pénale et leur production dans une autre procédure », *D.*, 2021, pp. 752-762, et pour des exemples pratiques des solutions évoquées Cass. civ. 2, 23 novembre 2003, n°03-20.490, *Inédit* ; Cass. civ. 2, 3 novembre 2006, 03-20.490, *Inédit* ; Cass. civ. 1, 30 juin 2016, n°15-13.755, 15-13.904, 15-14.145, *Bull. civ. I* ; Cass. crim. 30 sept. 2015, n° 15-90.014, *Inédit*.

⁴²³⁰ Voy. J. DALLEST, « L'ouverture d'une information judiciaire, une nécessité résiduelle », *AJ Pénal* 2004, p. 346 ; C. LACROIX, « Accidents collectifs et catastrophes : des avancées procédurales sous le sapin de Noël », *Journal des accidents et des catastrophes*, 18 janvier 2021.

le vrai »⁴²³¹. Il n'est cependant ni dans l'intérêt des victimes, ni dans l'intérêt des exploitants⁴²³² d'attendre la conclusion de cette dernière pour accéder aux informations dont peut dépendre une compréhension à tout le moins minimale sur le déroulement des faits, c'est-à-dire une compréhension sans préjudice de ce que l'article 11 du Code de procédure pénale protège en toute hypothèse : le bien fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause⁴²³³. Le cas échéant, cela reviendrait soit à opérer un dédoublement d'instruction inutile, soit à laisser à l'instruction pénale – dont l'issue peut être longue et décevante⁴²³⁴ – une priorité absolue sur l'établissement de la vérité et sur la compréhension des événements, lorsqu'il est pourtant admis que le pénal ne tient plus nécessairement le civil en l'état. Cette primauté, qui s'explique par la volonté de ne pas aboutir à des solutions contradictoires, trouve d'ailleurs une autre justification dans le fait que le procès pénal bénéficie de moyens d'investigation plus efficaces⁴²³⁵. Mais l'engagement de la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant n'est *a priori* pas une situation entraînant un risque de décision inconciliable⁴²³⁶. Il est donc d'autant plus opportun et conforme au droit de la défense⁴²³⁷, de favoriser le partage des informations utiles dans les limites de ce qui justifie fondamentalement le secret de l'instruction pénale⁴²³⁸.

En somme, toute proposition de réforme ne serait pas inopportune. À bien y regarder, un renforcement du pouvoir d'instruction du juge civil peut être légitimé par l'aide apportée aux avocats des parties, dont on sait qu'ils sont parfois démunis face à la complexité scientifique d'une affaire⁴²³⁹. Ce même renforcement peut être autorisé dès lors que ce n'est pas l'objet du litige appartenant au juge mais bien les moyens techniques qui seront mis au service des prétentions des parties⁴²⁴⁰. Dans ce cadre, l'idée se ferait même jour de l'opportunité de pôles spécialisés destinés à réceptionner ce contentieux, et d'ainsi les doter de ces moyens d'intervention supplémentaires. Dans le même esprit que celles qui ont tendu à relativiser les limites au pouvoir d'instruction du juge, ces propositions doivent cependant faire l'objet d'une pesée des intérêts en présence. Tout étant question d'état d'esprit

⁴²³¹ J. DALLEST, « L'ouverture d'une information judiciaire, une nécessité résiduelle », *AJ Pénal* 2004, p. 346 ;

⁴²³² Dans l'affaire du Médiateur, il a ainsi pu être fait valoir une atteinte au droit à un procès équitable au civil dans la mesure où la défense n'était pas en mesure d'invoquer au soutien de sa défense un nombre très important de pièces couvertes par le secret de l'instruction, pourtant indispensables à l'appréciation de la matérialité des faits et du caractère défectueux dudit produit : voy. Cass. civ. 1, 20 septembre 2017, 16-19.643, *Bull. civ. I*.

⁴²³³ Lorsque l'instruction est close ou que le procès pénal a eu lieu, l'obtention de ces pièces est facilitée mais non systématique : voy. *Code de procédure pénal*, art. R. 155 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., pp. 1457-1458 ; R. LORRAIN, « Versement des pièces pénales issue d'une instruction dans une instance civile : focus sur le cas particulier de l'ordonnance de non-lieu », *Gaz. Pal.*, 2016, n°9, pp. 18-26.

⁴²³⁴ Tel est l'exemple du procès AZF dont on pourra souligner qu'il s'est déroulé 8 ans entre l'accident et l'ouverture du procès, lequel a par résultat sur une décision décevante pour les victimes en 2019.

⁴²³⁵ Voy. C. AMBROISE, « Action civile – Primauté du criminel sur le civil », *Répertoire dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, 2020, § 674.

⁴²³⁶ Sous réserve des limites qui seront vues *infra* Section 2, § 1, A.

⁴²³⁷ Voy. *supra* note 1432.

⁴²³⁸ C'est surtout au rapport d'expertise que l'on pensera donc ici, dont les conclusions peuvent être communiquées aux parties civiles, expliquant l'admission par la jurisprudence de les verser au débat lors de l'instruction civile : voy. sp. Cass. civ. 2, 23 novembre 2003, n°03-20.490, *Inédit* ; Cass. civ. 2, 3 novembre 2006, n°03-20.490 : *Code de procédure pénale*, art. 114 al. 6 et T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise*, Paris, Dalloz, 2021, p. 112.

⁴²³⁹ Voy. pour exemple le témoignage de Maître Jean BOUDOT, avocat de la défense dans le contentieux des prothèses PIP, disponible sur son site internet : « [c]ette affaire présentait de réelles difficultés. Il est très habituel pour un avocat pénaliste d'être confronté, au travers de sa matière, à des situations qu'il ne connaît pas – tel processus de production nécessaire à appréhender pour comprendre l'origine d'un accident du travail, tel processus de mise en œuvre d'un hélicoptère militaire pour comprendre les raisons d'un crash etc. Rarement, toutefois, le cabinet avait été confronté à un tel niveau d'effort pour comprendre, scientifiquement et mécaniquement, les processus de production d'un gel en silicone [...]. Or cette approche scientifique était essentielle dans ce dossier ».

⁴²⁴⁰ Voy. C. CHAINAIS, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé » in E. JEULAND, L. FLISE (dirs), *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, op. cit., pp. 11 et ss.

et d'équilibre à trouver, ce renforcement absolu ou relatif des pouvoirs du juge nécessiterait précaution et prise de conscience des contreparties dont une étude approfondie dépasse le cadre de notre propos. Au-delà de ces questions dont la réponse peut encore rester ouverte, il est cependant une seule certitude : celle selon laquelle le contentieux des activités à risque appelle à ce que les pouvoirs d'instruction du juge civil *de lege lata* soient déployés de façon effective.

b. Un renforcement extrinsèque opportun des pouvoirs d'instruction du juge civil

926. Une intervention du Ministère public *a priori* bienvenue. Généralement, ce n'est pas l'état *de lege lata* du droit qui doit interroger mais davantage la mesure dans laquelle ce pouvoir se trouverait mis en œuvre, ou plutôt la mesure dans laquelle il ne le serait pas, faute de moyen financiers. Si l'article 147 du Code de procédure civile impose au juge de « limiter le choix de la mesure [d'instruction] à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux », c'est qu'au-delà de l'exigence de célérité et d'efficacité de la justice civile, le coût de ces mesures oblige à les considérer que lorsqu'elles sont rendues « indispensables »⁴²⁴¹. Le coût du procès civil constitue en effet un frein majeur à l'efficacité du système⁴²⁴² et la réduction des obstacles financiers nécessaires à garantir un droit effectif à l'accès au juge ne suffit pas à le résorber⁴²⁴³. Ainsi, lorsque le juge ordonne une mesure d'instruction onéreuse – la loi envisageant principalement à ce titre les indemnités accordées aux témoins et le recours à un technicien⁴²⁴⁴ – les parties sont, le plus souvent, tenues d'en avancer les frais⁴²⁴⁵ ; des frais auxquels s'ajoutent encore toutes les dépenses et pertes annexes engendrées. Dans ce contexte, la complexité potentielle d'un litige, par exemple relatif à la réalisation du risque nucléaire de fusion, appelle donc une réflexion sur l'avance par l'état du paiement des investigations coûteuses réalisées à la demande des parties et comprises *in fine* dans les dépens⁴²⁴⁶. Davantage, on peut envisager l'intérêt d'une intervention du Ministère public dans ce cadre. Bien que la culture commune l'associe principalement au droit pénal et à la poursuite des délinquants au nom de la société, le parquet possède des compétences en matière civile⁴²⁴⁷. En dehors des cas spécifiquement prévus par la loi, ce dernier est susceptible d'intervenir en tant que partie jointe à un procès chaque fois que lui-même ou le juge l'estime opportun afin de donner son avis sur

⁴²⁴¹ T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise*, op. cit., p. 299.

⁴²⁴² Il est d'ailleurs surprenant qu'alors le coût de la justice avait été envisagé par Guido CALABRESI dans son ouvrage fondateur sur le coût des accidents (*The cost of Accidents, a legal economic analysis*, op. cit.), il apparait assez peu dans l'analyse économique du droit de la responsabilité civile : voy. sur ce point *Etude sur la transparence des coûts de procédure civile dans l'Union européenne*, Rapport pour la Commission européenne, JLS/2006/C4/007-30-CE-0097604/00-46, p. 308

⁴²⁴³ Sur cet aspect du droit à l'accès au juge voy. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., pp. 209 et ss et Conseil de l'Europe, *Guide sur l'article 6 – Droit à un procès équitable (volet civil)*, op. cit., pp. 40-42.

⁴²⁴⁴ Voy. *Code de procédure civile*, art. 695.

⁴²⁴⁵ Voy. M. REDON, « Enquête, témoins, attestation », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021, §§ 322-332 ; « Mesure d'instruction confiées à un technicien », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021, sp. §§ 313 et ss ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., p. 1495.

⁴²⁴⁶ Sur cette idée d'une aide à l'investigation voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 443-445. Néanmoins, notre proposition diverge sensiblement de celle défendue par Anne GUÉGAN-LÉCUYER, dans laquelle l'État ne ferait que prendre acte de l'inégalité existant entre un exploitant « entouré de conseils et d'experts » et des victimes isolées et démunies. L'équilibre financier du procès s'en trouvant rompu, ces mesures pourraient alors véritablement apparaître « frustratoires » pour l'exploitant, car « inutiles » à l'établissement de sa responsabilité (sur l'opportunité de l'emploi du terme frustratoire, voy. *supra* note 4206). Pourtant, il faut garder à l'esprit que seul le juge a le pouvoir d'ordonner des mesures judiciaires d'instruction, et ce faisant, opère un certain contrôle sur ce qui pourrait être inutile ou dispendieux.

⁴²⁴⁷ Voy. M. COTTIN, « Les activités non pénales du parquet », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, 2012/2, pp. 161-168.

l'application de la loi⁴²⁴⁸, mais également en tant que partie principale à l'occasion de tout fait susceptible de porter atteinte à l'ordre public⁴²⁴⁹. Dès lors que l'on présume que la réalisation du risque anormal constituer un fait portant atteinte à l'ordre public justifiant la demande en réparation d'un éventuel préjudice d'ordre social⁴²⁵⁰, son intervention en cette seconde qualité serait avantageuse. D'une part, cela résout pour partie le problème lié aux preuves obtenues dans le cadre d'une information judiciaire potentiellement concurrente, puisque ce dernier est le seul dont on a la certitude qu'il peut lever le secret de l'instruction⁴²⁵¹. D'autre part, le ministère public agissant en tant que partie principale est titulaire des mêmes moyens d'action qu'une victime *lambda*. Cela signifie qu'il peut demander au juge une mesure d'instruction que ce soit devant le juge de la mise en état ou devant le juge des référés, ce qui présente deux avantages principaux dans notre cas. Le premier est qu'il agirait pour l'établissement et la conservation de preuve alors même qu'aucune victime (actuelle ou future) n'en aurait pris l'initiative. Le second est qu'il puisse avancer le coût des mesures d'instruction qu'il solliciterait au cours d'une instance déjà engagée par un plaideur⁴²⁵². Ces quelques propositions, futures réalisables, peuvent cependant ne pas apparaître suffisantes pour contrer le problème du financement d'une procédure aussi complexe, indépendamment des réserves que posent, en fait, l'intervention du ministère public dans une instance engagée contre un exploitant personne publique⁴²⁵³.

927. Une intervention du Ministère public en réalité insuffisante. Sans préjuger de la solution conduisant à répartir le coût final de ces mesures entre les parties, ledit coût pourrait se trouver définitivement endossé par l'État⁴²⁵⁴, lequel devrait en sus supporter les frais indirects d'une procédure longue et complexe⁴²⁵⁵. Sans même autoriser le juge à dépasser ce qui serait raisonnablement utile à la résolution du litige dans l'objectif d'une quête de la vérité (ce qui soulèverait

⁴²⁴⁸ Voy. *Code de procédure civile*, art. 424 à 429 ; O. GOUT, « Ministère public – Attributions judiciaires en matière civile – Ministère public, partie jointe », *JCL Procédure civile*, fasc. 400-30, 2021 ; P. FLORES, « Ministère public », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019, §§ 196 et ss ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., pp. 56-58, 1145-1146

⁴²⁴⁹ Voy. *Code de procédure civile*, art. 422 et 423.

⁴²⁵⁰ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1, § 2 et sur cette question O. GOUT, « Ministère public – Attributions judiciaires en matière civile – Ministère public, partie principale », *JCL Procédure civile*, fasc. 400-25, 2021, §§ 96 et ss ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., p. 58 et pour un exemple de son action en matière environnementale en tant que représentant de l'intérêt collectif M. BOUTONNET, « Responsabilité civile environnementale », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2021, § 49.

⁴²⁵¹ Voy. *Code de procédure pénale*, art. 11 ; Cass. civ. 1, 30 juin 2016, n°15-13.755, 15-13.904, 15-14.145, *Bull. civ. I* ; et Cass. crim. 30 sept. 2015, n° 15-90.014, *Inédit*. Notons qu'il dispose également de ce pouvoir en tant que partie jointe.

⁴²⁵² Voy. sur la possibilité pour le ministère public de s'insérer dans une instance déjà engagée par un plaideur : CA Toulouse, 9 juin 1852, *DP* 1852, 2, p. 169 ; CA Bordeaux, 29 mai 1911, *S.* 1912, 2, p. 133 ; *RTD civ.* 1915, p. 207 ; O. GOUT, « Ministère public – Attributions judiciaires en matière civile – Ministère public, partie principale », op. cit., § 5.

⁴²⁵³ L'on connaît, en effet, le problème qu'a pu soulever la question de l'indépendance, voire de l'impartialité, du ministère public, notamment dans la matière pénale à la suite aux multiples condamnations de la France sur ce point par la CEDH.

⁴²⁵⁴ Tel est le but de la condamnation aux dépens (notamment les frais d'expertise ordonnée par le juge) et de la condamnation au paiement d'une indemnité au titre des frais irrépétibles (tout autre frais non compris dans les dépens, tel que les expertises amiables ou les honoraires d'avocat). Or, si l'on considère par principe que c'est à la partie succombante de supporter les dépens, et certains frais irrépétibles, rien n'interdit au juge de partager les dépens entre différentes parties dès lors qu'il apparaît particulièrement inéquitable que seule la partie perdante en supporte la charge. On notera que dans le cadre d'une instruction *in futurum* ordonnée avant tout procès, ces frais ne doivent en principe incomber qu'aux demandeurs de la mesure. Sur ces questions voy. *Code de procédure civile*, art. 695 à 700 ; M. REDON, « Frais et dépens », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2020 ; F. ARBELLOT, « Frais irrépétibles », *Répertoire dalloz de procédure civile*, 2021 ; M. DEFOSSEZ, D. LANDRY, « Dépens-frais irrépétibles – article 700 », *JCL Procédure civile*, fasc. 400-90, 2016 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., pp. 2270 et ss ; O. GOUT, « Ministère public – Attributions judiciaires en matière civile – Ministère public, partie principale », op. cit., § 11. Concernant le cas spécifique de l'instruction *in futurum* : voy. Cass. civ. 2, 10 février 2011, n° 10-11.774, *Bull. civ. II*, n°34 et pour un exemple de condamnation du créancier au titre d'une procédure trop lourde : Cass. civ. 2, 1 décembre 1982 ; *D.* 1983 ; *RTD civ.* 1983, p. 597.

⁴²⁵⁵ On sait que le coût de la justice constitue problème épineux et le *leitmotiv*, par-delà l'exigence de célérité, de la promotion des mécanismes de déjudiciarisation. Sur l'analyse économique du procès, voy. not. L. CADIEU, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 28 et ss, 243 et ss.

au demeurant de nouvelles difficultés), on peut donc présumer de sa réticence à ordonner des mesures d’instruction coûteuses susceptibles de grever le budget de la justice. Aussi, outre l’intérêt économique que matérialiserait une levée partielle du secret de l’instruction pénale, le déploiement par le juge de son pouvoir *de lege lata* pourrait ne pas se contenter d’une simple avance étatique accordée aux parties. Dans l’attente de la réalisation de ces vœux pieux, une dernière possibilité – laquelle n’est d’ailleurs pas exclusive des autres solutions proposées – serait encore de rationaliser le coût de la seule procédure d’instruction civile en jouant sur la possibilité de concentrer le procès du fait des activités à risque. Ce point constitue ainsi l’une des justifications accompagnant le propos qui suit concernant l’influence de la complexité du procès civil sur l’établissement de la compétence du tribunal.

2. Une centralisation opportune du pouvoir d’instruction du juge civil

928. Plan. La centralisation du traitement des victimes d’activités à risque permettrait de renforcer l’instruction civile (a.), mais resterait soumise à des limites éventuelles (b.).

a. *La participation de l’unicité de juridiction à l’effectivité de l’instruction civile.*

929. L’unicité de juridiction comme moteur de spécialisation des juges. Au vu de ce qui vient d’être exposé eu égard au pouvoir d’instruction du juge civil et les exigences d’économie susceptibles d’opposer son plein déploiement, le retour d’un argumentaire sur la limitation des tribunaux pour traiter des demandes en réparation des victimes trouve son sens. Indépendamment de la proposition d’un renforcement des pouvoirs du juge, il y a un avantage à limiter les tribunaux compétents pour réceptionner le contentieux des activités à risque, à l’image des juridictions interrégionales spécialisées instruisant les informations judiciaires particulièrement complexes. Permettant au juge une plus grande disponibilité pour traiter de ces contentieux particuliers, cette limitation permet aux juges de nourrir leur spécialisation, tout en étant le gage d’une bonne connaissance des modes opératoires à poursuivre : « [e]n matière de justice comme en matière hospitalière, le juge comme le chirurgien, doit connaître de suffisamment de cas pour ne pas perdre la main et justifier son existence »⁴²⁵⁶. Cependant, c’est surtout dans la constitution d’un *for* unique susceptible de réceptionner les demandes d’un même fait générateur, et non les demandes de tous les contentieux d’activités à risque⁴²⁵⁷, que la question revêt un plus grand intérêt. Par-delà les préoccupations relatives à l’égalité de traitement des victimes, un *for unique* présenterait cette possibilité d’autoriser une jonction d’instances par le juge de la mise en état⁴²⁵⁸.

930. L’unicité de juridiction comme facteur de mobilisation de la jonction d’instances. Doté de la qualité de pouvoir *a priori* s’opérer sur un nombre illimité de litiges (contrairement à l’exception de

⁴²⁵⁶ J. LARRIEU, N. MORVILLIERS, « La création des pôles spécialisés en matière de propriété intellectuelle et de concurrence » in C. GINESTET (dir.), *La spécialisation des juges*, op. cit., p. 143. Voy. également C. GINESTET, « Le regroupement fondé sur la complexité du contentieux : la matière économique et financière » in C. GINESTET (dir.), *La spécialisation des juges*, op. cit., p. 130 et pour une opinion plus partagée sur cette logique de spécialisation S. Guinchard, « Rapport de synthèse », op. cit., pp. 223-244 voyant dans la surspécialisation un risque d’insécurité juridique.

⁴²⁵⁷ Lequel entrainerait un gel du droit peu opportun : voy. *supra* § 1, B.

⁴²⁵⁸ *Code de procédure civile*, art. 783.

connexité), la jonction d'instances est une mesure d'administration judiciaire qui permet au juge de réunir des instances pendantes au sein d'une même juridiction⁴²⁵⁹. Elle connaît ainsi cet effet de rendre l'instruction commune entre toutes les parties, du moins en ce qui concerne le fait leur étant commun : le fait générateur. Lorsqu'il a prononcé la jonction de plusieurs affaires, le juge peut en effet ordonner des mesures d'instructions conjointes, répondre par des motifs communs aux conclusions avançant des moyens communs, mais également et surtout puiser indistinctement dans chacune des contestations les motifs de son jugement sans enfreindre ni les règles de la preuve ni le principe dispositif⁴²⁶⁰. Autrement dit, la jonction d'instances crée une unité de débat entre chacun des litiges, sans pour autant les soumettre à une procédure unique⁴²⁶¹ – cela bien que le juge soit toujours autorisé à rendre un jugement commun⁴²⁶².

Il est dès lors nul besoin de plus de développement pour comprendre l'avantage d'un tel mécanisme dans le contentieux des activités à risque. Dans l'hypothèse un événement de fusion particulièrement dommageable, il permettrait ainsi d'éviter une multiplication véritablement frustratoire des mesures d'instruction civiles. Bien qu'il faille encore rappeler que cette mesure est guidée par une connexité laissée à la discrétion du juge⁴²⁶³, elle peut constituer un élément suffisamment sûr pour que l'on en fasse un facteur de détermination spécifique du juge compétent, non nécessairement *ratione materiae*⁴²⁶⁴, mais surtout *ratione vel loci*. En effet, tous les désavantages que peut constituer l'imposition aux victimes d'introduire une action devant un tribunal hors du ressort dans lequel elles se trouvent, notamment les désavantages financiers, se trouveraient compensés par l'économie que constituerait pour ces dernières, comme pour le juge, et à travers lui l'État, cette centralisation de l'instruction d'une affaire complexe. Cela vaudrait également pour les victimes subissant un dommage à l'étranger – spécifiquement sur le territoire de l'Union européenne – dès lors que leur situation présenterait en droit et/ou en fait un lien suffisamment étroit avec le territoire français pour qu'il y ait intérêt à y introduire leur demande. Quoique la création d'un espace judiciaire européen ait pu participer à faciliter l'exécution des mesures d'instruction en cas de litiges transfrontaliers⁴²⁶⁵, l'introduction d'une action devant le juge français resterait potentiellement moins coûteuse, en sus de permettre une économie de procédure tant pour ce dernier que pour le juge étranger et l'exploitant responsable⁴²⁶⁶.

⁴²⁵⁹ Voy. sur sa comparaison avec la connexité *supra* notes 4107-4108.

⁴²⁶⁰ Cass. civ. 2, 12 mars 1953, D. 1953, p. 322 ; Cass. civ. 1, 27 novembre 1961, n° 60-10.125, *Bull. civ. I*, n°554. Cela ne signifie cependant pas que qu'une mesure d'instruction effectuée dans le cadre d'une des procédures puisse acquérir par le seul effet de la jonction, un caractère contradictoire à l'égard d'une personne qui n'était pas partie à celle dans laquelle elle a été ordonnée : voy. Civ. 2^e, 29 mars 1971, *Bull. civ. II*, n° 139 et plus généralement L. CADIET, « Connexité », *op. cit.*, § 36 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile, op. cit.*, p. 1603 ; N. FRICERO, « Jonction et disjonction d'instance », *JCL Procédure civile*, fasc. 800-15, 2018, § 23.

⁴²⁶¹ Voy. Cass. civ. 2, 13 mai 2015, n° 14-15.362, *Inédit* ; Cass. civ. 3, 26 septembre 2007, n° 06-16.538, *Inédit* ; L. CADIET, « Connexité », *op. cit.*, § 37 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile, op. cit.*, pp. 1603-1604.

⁴²⁶² Celui-ci ne s'impose toutefois pas : voy. Cass. soc., 20 novembre 1975, n°75-40.112, *Bull. civ. V*, n°556, p. 471.

⁴²⁶³ Voy. L. CADIET, « Connexité », *op. cit.*, §§ 2-10, 29-34 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile, op. cit.*, p. 1602. Sur l'absence de recours : voy. *Code de procédure civile*, art. 368 et 537 ; Cass. com., 22 septembre 2015, n°14-17.100, *Inédit*.

⁴²⁶⁴ La jonction d'instance reste possible même si les actions relèvent de procédures différentes ou de chambres différentes au sein du tribunal judiciaire, et ce bien nous ayons déjà évoqué *supra* l'opportunité de soumettre, dans ces litiges, toutes les victimes à la même procédure : voy. *Code de procédure civile*, art. 107 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile, op. cit.*, p. 1604.

⁴²⁶⁵ Voy. Règlement CE n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, JOCE L 174 du 27 juin 2001, pp. 1-24.

⁴²⁶⁶ Outre que le règlement ne règle pas avec exhaustivité et exclusivité la question de l'administration de la preuve dans le cadre de litiges transfrontaliers (CJUE, *Maurice Lippens*, 6 septembre 2012, C-170/11 ; CJUE, *ProRail BV*, 21 février 2013, C-332/11), il ne résout pas le problème

De plus, elle faciliterait les effets attribués à la reconnaissance d'une mesure d'instruction *in futurum* ordonnée par le juge français⁴²⁶⁷. Si dans ce contexte, le tribunal du lieu de survenance du fait générateur peut apparaître comme un lieu pertinent⁴²⁶⁸, cette proposition d'un tribunal unique pour chaque réalisation de risque anormal se heurte toutefois à quelques limites structurelles.

b. Les limites éventuelles de l'unicité de juridiction sur l'effectivité de l'instruction civile

931. L'influence relative du facteur temporel. Il est une première limite qui est susceptible, sinon de s'opposer, à tout le moins de diminuer l'intérêt d'un *for* unique dans le seul but de joindre des instances, et qui relève de l'influence du facteur temporel sur la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant. En effet, la jonction d'instances ne vaut que tant que les instances sont pendantes devant une même juridiction⁴²⁶⁹. Or les dommages causés par une activité à risque, à l'instar des activités de fusion nucléaires, peuvent être susceptibles de survenir de manière stochastique et différée, si bien que les actions des victimes ne pourraient faire l'objet d'aucune jonction faute de simultanéité de leurs introductions. Ce n'est pas dire qu'il n'en résulterait aucun intérêt. Certes, le droit civil, à la différence du droit pénal, n'autorise pas le mécanisme de la jonction d'élément de preuves⁴²⁷⁰. De même, les jugements n'y bénéficient de la présomption de vérité attachée à l'autorité de chose jugée qu'en présence d'une triple identité de cause, d'objet et de parties⁴²⁷¹. En dehors de l'hypothèse d'un

d'une multiplicité inutile de mesures d'instruction. D'une part, suivant les solutions proposées, il est possible pour une juridiction compétente de requérir l'exécution par une juridiction étrangère d'une mesure d'instruction. Si sur ce point, l'usage de moyens de communication audiovisuels peut être encouragée, le respect du principe du contradictoire justifierait la présence des parties et de leur représentant lors de cette dernière : voy. *Règlement 1206/2001*, cons. 13 et art. 11. Cela impliquerait en tout état de cause un coût pour les parties, auquel pourrait s'ajouter le coût d'exécution de ces mesures mises à la charge de l'autorité étrangère - et ce bien que la Cour ait pu retenir une interprétation restrictive de ces frais et qu'il ne préjuge pas la mesure dans laquelle les parties sont ensuite tenues de supporter les frais conformément au droit de l'État membre dont elle relève : voy. *Règlement 1206/2001*, art. 18 ; CJCE, *Artur Werynski c/Mediatel 4B*, 17 février 2011, C-283.09, *Rec. CJCE 2011*, pp. I-601. D'autre part, il est également possible que la juridiction requérante souhaite procéder elle-même à l'instruction dans un autre État membre, ce qui une nouvelle tendrait à multiplier les mesures d'instruction. Ainsi, il serait plus intéressant selon les cas, que la victime étrangère saisisse la juridiction française, où elle bénéficierait, en tant que ressortissante européenne, de l'aide juridictionnelle plutôt qu'une juridiction concurrente compétente : voy. M. FARTUNOVA-MICHEL, « Obtention des preuves en matière civile et commerciale – Coopération entre les juridictions des États membres – Règlement (CE) n°1206/2001 », *JCL Droit international*, fasc. 582-60, 2019, sp. §§ 39 et ss ; F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, §§ 420 et ss ; S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, pp. 1507 et ss, et 2369 et ss ; *Directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires*, JO L26, 31 janvier 2003, pp. 41-47.

⁴²⁶⁷ Jusqu'à peu la compétence de ce juge ne préjugeait ni du juge compétent au fond ni de la loi applicable : voy. Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 2007, n° 04-15.367, *Bull. civ. I*, n°255 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, 16-19.73, *Bull. civ. I*, n°52. La Cour de cassation a toutefois cédé au juge de l'Union qui, sur le fondement de l'article premier du Règlement 1206/2001, tend à exclure la possibilité de saisir tout juge conformément à l'article 31 du Règlement Bruxelles I bis lorsque l'instruction ne vise qu'à évaluer les chances de succès d'une affaire : voy. Cass. Civ. 1, 27 janvier 2021, n° 19-16.917, *Bull. civ. I* ; CJCE, *St. Paul Dairy Industries*, 28 avril, 2005, C-104/03, *Rec. CJCE 2005*, pp. I-3497 et ss ; M. FARTUNOVA-MICHEL, « Obtention des preuves en matière civile et commerciale [...] », *op. cit.*, sp. §§ 34 et ss ; S. KOULOCHERI, « Mesures d'instruction devant la juge français et règlement Bruxelles I bis », *RLDC*, 3 mars 2021.

⁴²⁶⁸ Le rapprochement géographique avec le lieu de l'accident faciliterait l'obtention des preuves et l'exécution des mesures d'instruction. Cela acil également faciliter la préservation de preuve dans le cadre de l'instruction *in futurum* puisque la compétence du juge dans ce cas est établie, soit s'il apparaît compétent au fond, soit chaque fois que la mesure d'instruction peut y être, même partiellement exécutée (Cass. civ. 2, 15 octobre 2015, n° 14-17.564, *Bull. civ. II*, n°311). Enfin, dans l'hypothèse où le ministère public pourrait être amené à intervenir dans l'instance et à lever d'une instruction pénale en cours, cela pourrait permettre une concordance éventuelle avec le lieu de compétence du juge d'instruction pénal ou du tribunal chargé de juger l'affaire : voy. *Code de procédure pénale*, art. 52 et 382. Néanmoins, ces mêmes arguments n'excluent pas la compétence le lieu du siège de l'activité poursuivie.

⁴²⁶⁹ Voy. Cass. civ. 2, 20 décembre 2001, n° 99-19.547, *Inédit* ; N. FRICERO, « Jonction et disjonction d'instance », *op. cit.*, § 9.

⁴²⁷⁰ Dans le procès pénal, il est possible de tirer une preuve d'un autre dossier afin de fonder valablement la poursuite ou d'accroître le champ de celle-ci : voy. Cass. crim. 9 mars 1995, n° 94-80.464, *Inédit* ; J. BUISSON, « Preuve », *Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, 2020, § 153.

⁴²⁷¹ Voy. *Code civil*, art. 1355 ; J. KARILA DE VAN, N. GERBAY, « Chose jugée », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2020, §§ 121 et ss, 188 et ss ; M. DOUCHY-ODOU, « Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *JCL Procédure civile*, fasc. 900-30, 2021, sp. §§ 129-131

jugement pénal tendant à nettement améliorer sa position⁴²⁷², le fait pour la victime « tardive » de présenter sa demande devant un tribunal ayant déjà jugé une instance relevant peu ou prou des mêmes faits – *id.* la réalisation du même risque anormal – présenterait néanmoins un certain avantage. D'une part, cela lui simplifierait l'accès à la décision déjà rendue, laquelle, si elle ne bénéficie pas d'une présomption légale de vérité, n'en demeure pas moins, sous réserve d'éventuelles évolutions jurisprudentielles, un élément de fait pertinent⁴²⁷³. D'autre part, et toujours sous réserve de l'effet de l'écoulement du temps sur la composition humaine du tribunal, le juge aurait déjà connaissance de certains faits, ce qui faciliterait sa compréhension de l'affaire, voire son instruction ou sa mise en état « intellectuelle ». Le juge chargé d'ordonner une mesure d'instruction et/ou de mettre l'affaire en état d'être jugée saurait que certaines mesures, par exemple, des expertises, ont été ordonnées dans une instance précédente. Dans le cadre de la réalisation d'un risque de fusion, une victime tardive pourrait ainsi récupérer des pièces ou expertises faites et immédiatement après l'événement et versés au dossier d'une instance antérieure. Certes, on peut présumer que ces rapports d'expertises, dont disposerait *a priori* l'exploitant de l'installation nucléaire de fusion, seraient spontanément versés au dossier par ce dernier ou que l'avocat de la victime le demanderait. Or, bien le juge ne puisse pas, sauf exception, ordonner d'office la production forcée de pièce, d'aucuns s'accordent sur le fait que cette interdiction n'est pas véritablement délimitée quand la demande *a priori* obligatoire des parties est faite sans forme⁴²⁷⁴. Par souci d'efficacité ou d'économie de procédure, le juge pourrait donc suggérer aux parties de solliciter la production forcée de certaines pièces susceptibles d'appuyer leurs allégations⁴²⁷⁵ (vraisemblables⁴²⁷⁶), sans pour autant qu'il en résulte une violation des garanties procédurales liées à l'administration de la preuve. Outre que cette initiative serait économiquement favorable aux deux parties, elle ne préjugerait en effet nullement de l'issue de l'action introduite par la victime : cette dernière devrait encore apporter la preuve des éléments lui étant strictement personnels⁴²⁷⁷ quand les mesures d'instruction n'ont toujours pour but que d'éclairer le juge à l'exclusion de toute appréciation d'ordre juridique⁴²⁷⁸. En revanche, condamner cette initiative reviendrait à dénier cette idée selon laquelle le juge neutre n'en est pas moins passif, et que le jugement étant l'instrument de l'accomplissement des « idéaux collectifs », il peut autoriser l'autorité judiciaire à « privilégier l'intérêt supérieur du bien public plus que l'intérêt immédiat des parties »⁴²⁷⁹. Surtout,

⁴²⁷² L'autorité absolue de chose jugée attachée au jugement pénal permettrait en effet à la victime d'obtenir satisfaction de sa quête de vérité et un élément de preuve permettant de fonder partiellement. Cela ne vaut bien sûr que pour l'établissement des faits « communs », c'est-à-dire concernant principalement le fait générateur, l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité restant personnels. Tel a ainsi été le cas dans le cadre du contentieux AZF où les causes factuelles de l'accident avaient acquis, par le jugement pénal, l'autorité de chose jugée devant le juge administratif : voy. C. HERMON, « AZF, la responsabilité de l'État engagée », *Environnement*, n°6, 2013, étude 15.

⁴²⁷³ Voy. Cass. civ. 1, 8 nov. 1988, *Bull. civ. I*, n° 308 ; J. KARILA DE VAN, N. GERBAY, « Chose jugée », *op. cit.*, § 121 ; M. REDON, « Copie et reproduction de pièces », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2020, §§ 27 et ss.

⁴²⁷⁴ Voy. *Code de procédure civile*, art. 139 ; C. BRAHIC-LAMBREY, « Production forcée des pièces », *op. cit.* §§ 9 et ss et rapp. F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, § 361 ; J. SÉRAPHIONIAN, « Production forcée des pièces », *JCL Procédure civile*, fasc. 700-20, 2018, §§ 35 et ss.

⁴²⁷⁵ Voy. C. BRAHIC-LAMBREY, « Production forcée des pièces », *op. cit.* § 10.

⁴²⁷⁶ Le but ne serait cependant pas de pallier, à l'excès, leur carence.

⁴²⁷⁷ C'est-à-dire principalement l'existence de son dommage et éventuellement d'un lien de causalité. Dans cette hypothèse, si l'on peut en effet présumer que l'utilisation d'une expertise utilisée par une autre instance pourrait surtout éclairer sur le fait générateur, ce n'est pas dit qu'elle ne puisse cependant pas influencer également sur une éventuelle présomption de causalité à l'égard de certains types de dommages.

⁴²⁷⁸ Voy. Cass. soc., 11 décembre 1991, n° 88-41.609, *Bull. civ. V*, n° 572, p. 536 ; F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, § 51

⁴²⁷⁹ J.-M. LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », *op. cit.*, p. 27 ; A. PONSARD, « Vérité et justice », *op. cit.*, p. 679 et rapp. F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, § 50 sur le lien entre neutralité et passivité.

indépendamment de tout questionnement sur l'existence d'une obligation de production de pièces tenant le juge lui-même⁴²⁸⁰, cette initiative ne saurait, au vu de l'appréciation qui en est faite, autoriser à conclure à une violation systématique du principe d'égalité des armes⁴²⁸¹ ou du principe du contradictoire⁴²⁸². Les parties resteraient encore libres de demander qu'une nouvelle mesure soit contradictoirement conduite. Cette première limite à la consécration d'un *for* unique se trouvant donc *in fine* susceptible d'être relativisée et la pertinence de ce dernier se trouvant toujours démontrée, il s'agit d'envisager la seconde limite.

932. L'influence relative de l'incertitude de la règle de responsabilité. Cette limite ne nous est également pas inconnue. Elle est relative à la difficulté de concevoir que les victimes puissent être tenues de présenter leur demande en réparation sur le fondement de la règle de responsabilité du fait des activités à risque devant un *for* unique. La raison est simple : elle tient au fait qu'il appartiendra justement au juge saisi du litige d'apprécier l'applicabilité de cette règle sur le fond, notamment en statuant, au vu des éléments de preuves dont il aura eu connaissance au terme de l'instruction, sur l'intervention de la réalisation d'un risque caractérisant une activité à risque dans la réalisation des dommages dont il est demandé réparation. Dès lors, obliger les victimes à saisir la juridiction du lieu de la réalisation du risque ou du domicile d'exploitation de cette activité imposerait de préjuger de l'applicabilité de la règle. Au-delà du peu de doute sur l'applicabilité de la règle à un dommage résultant de la réalisation du risque nucléaire de fusion, cela ne saurait toutefois être un véritable problème. Rien n'empêche de consacrer ce principe selon lequel les demandes fondées sur la règle de responsabilité ne pourront être qu'introduites devant le tribunal déterminé, sans préjuger de la possibilité pour les victimes de se faire débouter de leur demande et au tribunal de statuer sur une autre règle de responsabilité concurrentement invoquée⁴²⁸³. La question serait cependant plus problématique à l'égard du juge saisi d'une demande d'instruction *in futurum*, qui permet aux victimes de justement jauger l'applicabilité de la règle de responsabilité et donc de s'orienter vers le juge compétent à cette fin. Dans cette hypothèse, on peut penser que l'effort économique résultant du tribunal unique se verrait limité par le fait que les victimes soient libres de saisir n'importe quel juge compétent en la matière. Cependant, si ces dernières disposent d'une option de compétence à cet égard, celle-ci ne s'inscrirait pas en totale contradiction avec la proposition formulée. Cette option de

⁴²⁸⁰ L'article 10 du Code civil oblige chacun à apporter son concours à la justice en vue de la recherche de la vérité, ce qui légitime l'obligation par les tiers, même les personnes publiques de produire des pièces. La question pourrait donc se poser de savoir si ce principe autoriserait à enjoindre les autorités judiciaires à produire des pièces utiles, dès lors qu'elles sont, en pratique, des tiers au procès. On sait par exemple qu'au titre de la production forcée de pièces par un tiers, une partie peut avoir accès à des pièces relevant des archives audiovisuelles de la justice : voy. Cass. civ. 2, 17 mars 2005, n° 02-14.514. On sait également que le code de procédure civile régit la transmission de certaines pièces entre juges, notamment entre le juge des enfants et le juge des affaires familiales : voy. *Code de procédure civile*, art. 1187-1.

⁴²⁸¹ Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'examen du respect des règles de preuve ne se fait pas au regard de violations éventuelles du droit national, mais uniquement au vu du critère de l'équité de la procédure appréciée dans son ensemble, et notamment, de la possibilité de présenter sa cause dans des conditions ne plaçant pas une partie dans un net désavantage : voy. F. FERRAND, « Preuve », *op. cit.*, § 95.

⁴²⁸² Le juge est ainsi venu admettre qu'une expertise menée dans une instance ne pouvait valoir expertise judiciaire dans une autre instance, mais qu'elle peut être retenue à titre de renseignements si les droits de la défense s'en trouvent suffisamment respectés, c'est-à-dire que le rapport a été contradictoirement versé aux débats, et qu'elle n'est pas le seul fondement de la décision : voy. pour exemple Civ. 2°, 22 nov. 2012, n° 10-26.198, *Inédit* ; M. REDON, « Mesure d'instruction confiées à un technicien », *op. cit.*, §§ 600, 650 et ss.

⁴²⁸³ Tel est d'ailleurs le fonctionnement normal du procès, les victimes ne pouvant en général déterminer le tribunal devant lequel introduire leur instance qu'en opérant une qualification minimale de leur situation. Quel que soit le *for* déterminé pour introduire une demande en réparation fondée sur la règle de responsabilité, il pourrait être de ceux compétents pour statuer sur l'application d'une autre règle de responsabilité en vertu de l'article 46 du Code de procédure civile.

compétence s'exerce en effet entre le tribunal qui sera compétent au fond et le tribunal du ressort dans lequel « les mesures sollicitées doivent, même partiellement, être exécutées »⁴²⁸⁴. Cela ramène dans la plupart des cas, soit au tribunal du lieu du fait générateur soit au tribunal du lieu où se situe l'activité poursuivie matérialisant les deux tribunaux pertinents aux termes de notre proposition⁴²⁸⁵.

Cela dit, cela ne signifie pas qu'il s'opérera en toute hypothèse une centralisation naturelle et absolue du contentieux. D'abord, il faudrait encore choisir entre le tribunal du lieu du fait générateur ou celui du lieu où se trouve poursuivie l'activité, ces deux ressorts pouvant encore se trouver mis en concurrence dans le cadre de l'instruction *in futurum*, puisque constituant tout deux des lieux où pourraient être, même partiellement, exécutées des mesures d'instruction en vue d'éclairer les causes de l'évènement dommageable. Ensuite, il faudrait également prendre en considération la possibilité qu'un plaideur, recherchant la responsabilité de l'exploitant sur un autre fondement, introduise sa demande au fond devant un autre tribunal. Dans cette hypothèse, l'on devrait considérer que le juge puisse relever d'office son application⁴²⁸⁶. Il faudrait néanmoins accompagner cette possibilité d'un pouvoir de relever d'office également son incompétence⁴²⁸⁷ et que cela puisse se faire avant que toute mesure d'instruction isolée n'ait pu être ordonnée au risque de nuire à l'intérêt économique d'un *for* unique. Enfin, et surtout, cette idée ne permet pas de résoudre la difficulté qui naîtrait de l'hypothèse dans laquelle la responsabilité d'un autre auteur du dommage serait recherchée par le plaideur, et auquel on ne saurait alors, en l'absence de canalisation *stricto-sensu*, opposer ni le caractère d'ordre public de la règle de responsabilité ni celui de la règle de compétence. Tout étant encore question d'équilibre, il devient difficile de spéculer sur le véritable apport ou les modalités d'un tel choix, ce qui paraît *in fine* résumer le premier temps de cette étude.

933. Conclusion du § et de la Section. Le premier temps de cette étude était consacré à l'influence de certaines caractéristiques propres à la réalisation du risque caractérisant une activité à risque, telle que l'activité nucléaire de fusion, sur la mise en œuvre de la règle de responsabilité *stricto sensu*. À ce titre, tant l'étude du facteur temps, du facteur spatial que du facteur complexe ont mis en lumière les difficultés pointant à cet endroit. Certaines d'entre elles ont été résolues par une proposition de compréhension des règles existantes, comme cela été le cas en matière de prescription ou à l'égard de la détermination de la loi applicable en cas d'accident transfrontière. Pour les autres, une centralisation éventuelle du traitement des demandes en réparation des victimes unies par la réalisation d'un même risque est apparue comme une solution potentielle et constante. Ainsi, pour ce qui concerne le facteur spatial comme le facteur complexe, cette centralisation, favorable à un traitement économique et égalitaire des demandes introduites par les victimes d'activités à risque, a pu se matérialiser dans la

⁴²⁸⁴ Voy. Civ. 2^e, 15 octobre 2015, n° 14-17.564, Bull. civ. 2, n°311 ; Cass. civ. 2, 27 février 2020, n° 19-21.012, Bull. civ. I.

⁴²⁸⁵ En effet, en matière d'activité à risque, il est probable que des mesures soient sollicitées pour éclairer sur les faits permettant de jauger de l'opportunité d'une action sur le fondement de la règle. Dès lors, ces mesures devraient être le plus souvent exécutées au lieu de la réalisation du risque ou au lieu où se situerait l'activité en cause.

⁴²⁸⁶ Bien que nous ayons pu consentir à exclure la possibilité de réduire les préjudices réparables au titre de la règle de responsabilité, il subsisterait un intérêt pour les victimes d'activités à risque que la règle de responsabilité du fait des activités à risque soit d'ordre public, dans ce sens que le juge pourrait d'office relever son application pour trancher le litige.

⁴²⁸⁷ Le juge ne peut se déclarer incompétent que lorsque la règle attribuant compétence à un autre tribunal est une règle d'ordre public : voy. Code de procédure civile, art. 76.

détermination d'un *for* unique pour réceptionner le contentieux en responsabilité du fait des activités à risque. Force est néanmoins de constater que cette proposition peut se voir opposer certaines limites, tenant à l'état du droit international privé, au risque de rigidité que cela emporte sur l'évolution de la règle de responsabilité ou encore à la difficulté d'en assurer l'effectivité quand il reste impossible de spéculer sur le choix qui sera celui des victimes, lesquelles possèdent encore l'initiative de leur action et le choix de la personne à l'encontre de laquelle elle souhaite l'introduire. À cela s'ajoute le fait que cette proposition ne saurait que partiellement résoudre la difficulté née de l'influence du facteur spatial quand un *for* unique participerait certes à simplifier l'administration de la preuve des victimes « tardives », mais ne saurait les protéger, elles comme l'exploitant, d'un éventuel revirement de jurisprudence qui, bien que présumé opportun, mettrait à mal le besoin de prévisibilité ou d'équité. En d'autres termes, ce contentieux présente un tel degré d'incertitude et de variabilité qu'il apparaît difficile de trancher sur l'opportunité d'une telle solution. Il y a cependant un point sur lequel on peut spéculer : celui selon lequel la prégnance des difficultés sera proportionnelle au nombre de personnes impliquées dans la réalisation du risque, qu'elles soient responsables ou victimes.

En effet, certaines des difficultés évoquées se feront plus pressantes lorsqu'il apparaîtra que les dommages subis ont été causés par le fait de plusieurs personnes. Par exemple, cet état de fait compliquerait l'application de la règle de responsabilité devant un juge étranger dont la loi conditionne l'intervention des coresponsables⁴²⁸⁸ ou autorise à déroger à l'application de la règle de responsabilité, et donc la règle de compétence l'accompagnant. Cela vaut d'autant plus lorsque c'est le nombre de victimes potentielles qui augmentent. L'hypothèse de dommages de masse et/ou d'un dommage catastrophique, lesquels impliquent naturellement une multiplication des actions judiciaires dans le temps et/ou dans l'espace, rend prégnante la question d'un traitement judiciaire égalitaire et économique des victimes. Pour cela, si une solution doit être trouvée pour résoudre ces difficultés encore partiellement résolues, elle ressortira de l'étude du facteur quantitatif, dernier facteur soumis à l'étude.

Section 2. Les facteurs quantitatifs affectant la mise en œuvre de la responsabilité

934. La double qualité du facteur quantitatif. Si l'étude des facteurs qualitatifs susceptibles d'affecter la mise en œuvre de la règle de responsabilité révèle les difficultés que suscite le contentieux des activités à risque, il en va de même de l'étude du facteur quantitatif. En effet, alors que la règle de responsabilité du fait des activités à risque, applicable aux activités de fusion nucléaire, a vocation à permettre l'engagement de la responsabilité de l'exploitant, notre souhait a été affiché de ne pas calquer ici sa formulation sur celle du régime de responsabilité civile nucléaire, c'est-à-dire en consacrant le principe de canalisation dans sa forme la plus pure. Outre les critiques dont ce principe fait l'objet dans le cadre du régime spécial étudié en première partie, ce rejet partiel de la responsabilité exclusive s'explique surtout par la dimension réparatrice de l'institution qui commande de ne pas priver les victimes d'obtenir une réparation, fut-elle minime ou même symbolique, d'un responsable

⁴²⁸⁸ Voy. *infra* note 4325.

tiers, et notamment fautif. Pour autant, l'admission d'un coauteur ne saurait autoriser à mettre hors de cause l'exploitant, lequel doit, pour satisfaire les fonctions de la règle de responsabilité et augmenter les chances d'une réparation effective, demeurer le *primo* responsable. Il s'agit donc d'envisager la manière dont la mise en œuvre procédurale de la responsabilité permet la gestion d'une telle situation, en conférant ainsi au principe de canalisation une dimension procédurale plus que substantielle. Premier élément du facteur quantitatif susceptible d'affecter la mise en œuvre de la responsabilité, la question des coresponsables ne lui est cependant pas exclusive. Si le nombre constitue une donnée influant la mise en œuvre de la responsabilité, il est également dans le nombre de victimes du fait de l'activité à risque, dont le problème est apparu en filigrane de l'étude des facteurs qualitatifs, et dont la propre étude sera l'occasion d'achever ce propos consacré à la mise en œuvre de la responsabilité du fait des activités à risque pour laquelle le risque nucléaire de fusion a servi de moteur.

935. Plan. Il s'agit donc d'étudier tant l'influence que peut avoir l'existence de coauteurs (§ 1) qu'un nombre élevé de victimes potentiels (§ 2) sur la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant.

§ 1. Une responsabilité collective : l'organisation de la responsabilité des co-auteurs

936. Les enjeux relatifs à l'existence de coresponsables. Comme nous l'avons évoqué *supra*, que l'exploitant soit responsable *même sans faute* du fait de l'activité à risque ne doit pas signifier qu'il sera exclusivement et absolument responsable pour tous les dommages que la réalisation du risque anormal caractérisant son activité aura causés. D'une part, il est des circonstances (exceptionnelles) dans lesquelles ce dernier pourra s'exonérer de cette responsabilité en démontrant un cas de force majeure, qu'il relève d'un événement naturel ou du fait d'un tiers en revêtant les caractéristiques⁴²⁸⁹. D'autre part, que l'exploitant puisse, en raison la maîtrise qu'il possède sur l'activité à risque, être tenu pour responsable des dommages que la réalisation du risque aura causés, ne doit pas préjuger de l'existence d'un autre responsable à ses côtés. Il ne sera cependant pas ici question d'envisager toutes les hypothèses d'option ou de cumul que la règle de responsabilité pourrait éventuellement autoriser ou refuser⁴²⁹⁰. Il s'agira simplement de limiter l'étude à l'hypothèse dont la reconnaissance nous paraît la plus impérative au respect de l'institution de la responsabilité civile. Il s'agit de celle qui commande que la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant ne peut être un prétexte pour éluder le fait fautif d'un tiers qui aurait participé *en amont* à la réalisation du risque, qu'il soit ou non entré légitimement dans la sphère d'activité de l'exploitant, ou à éluder le fait d'un tiers, qui sans participer à la réalisation

⁴²⁸⁹ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁴²⁹⁰ Voy. *supra* § 864. Si le fait du tiers a ainsi participé à la réalisation du risque imputable à l'exploitant, les cumuls pourraient en partie dépendre de la manière dont on appréhendera la responsabilité de l'exploitant. Ainsi, si l'on considère que par son autorité, celui-ci devrait être considéré comme gardien de toutes les choses entrant dans la sphère d'activité, il ne pourra y avoir aucun cumul de responsabilité, sauf à considérer une garde alternative reposant, par exemple, sur la garde de la structure et celle du comportement. De même, si l'on considère sa responsabilité du fait de l'organisation implique une responsabilité du fait d'autrui des personnes sur lesquelles il exerce légitimement son autorité, cela pourrait entrer en concurrence avec les autres responsabilités du fait d'autrui pour lesquelles le droit interdit certains cumuls. Les hypothèses envisagées sont donc, sinon infinies, à tout le moins trop nombreuses pour que l'on aspire à l'exhaustivité. Sur ces questions voy. généralement la thèse de S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., sp. pp. 366 et ss et pour une présentation simplifiée L. GAILLARD, « Entre incertitudes et dissensus : le cumul possible des différentes responsabilités délictuelles ? », *Doctrin'Actu*, janvier 2019, art. 26.

du risque, aurait pu participer *en aval* à la réalisation du dommage *in fine* subi par les victimes. La reconnaissance d'une telle situation peut cependant influencer sur la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant. En effet, si le droit de la responsabilité civile connaît des mécanismes permettant de gérer l'existence de plusieurs responsables, la mise en œuvre de ces derniers ne saurait pour autant garantir que soit effectivement recherchée la responsabilité de l'exploitant. Or, comme la responsabilité de l'exploitant ne doit pas autoriser à éluder le fait fautif d'un tiers, le fait fautif du tiers ne devrait réciproquement pas éluder la responsabilité de ce dernier dès lors que le risque anormal aura été à un moment ou à un autre une cause du dommage. Le cas échéant, la règle de responsabilité perdrait tout intérêt.

937. Plan. Dès lors, parce que l'étude des règles régissant la question des coresponsables nous conduira, dans un premier temps, à identifier les difficultés susceptibles de survenir de la présence de plusieurs responsables (A.), il s'agira d'envisager les modalités procédurales de la « canalisation édulcorée », lesquelles nous permettront incidemment de résoudre des problématiques résiduelles, notamment relative à l'identification, parfois délicate, de l'exploitant *ratione materiae* (B.).

A. Les insuffisances des solutions de droit positif

938. Un préalable : l'existence de l'obligation *in solidum* en droit de la responsabilité civile. Par principe, le fait que le dommage subi par la victime puisse trouver plusieurs responsables n'est pas une difficulté. Pour éviter à la victime une division de ses recours dans l'espoir qu'il en résulte une réparation intégrale de son préjudice, le juge admet que la victime, bénéficiant d'autant de recours que d'auteurs du fait dommageable, est autorisée à réclamer à l'un quelconque des coauteurs réparation intégrale de son dommage, eut-il été partiellement causé par les autres⁴²⁹¹. Il s'agit là de l'obligation *in solidum*, dont la compréhension est aussi claire que son principe est discutable : parce que sans le fait imputable à chacun des coauteurs, le dommage ne se serait *a priori* pas produit, chacun est réputé l'avoir entièrement causé est se trouve tenu, dans son rapport avec la victime, à l'indemnisation intégrale de ce dernier⁴²⁹². Obligeant chacun des coresponsables au tout, de sorte que l'obligation de réparation disparaît dès lors que la victime est indemnisée par l'un d'eux, on peut comprendre que la mobilisation de cette obligation soit apparue controversée. S'appliquant chaque fois qu'un dommage unique et indivisible⁴²⁹³ a été la conséquence de plusieurs faits – qu'ils soient

⁴²⁹¹ Sur les origines jurisprudentielles de cette solution : Cass. civ., 11 juillet 1892, *Bull. civ.* n° 156, p. 288 ; Cass. civ., 4 décembre 1939, *D.C.* 1941, p. 125. Purement jurisprudentielle, la consécration légale de cette solution est prévue dans le projet de réforme de la responsabilité civile : voy *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, *op. cit.*, art. 1267 al. 1

⁴²⁹² Sur l'obligation *in solidum* parmi une doctrine abondante : L. MAZEAUD, « Obligation *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels », *Rev. crit. Lég. et jur.*, 1930, n°50, pp. 141-176 ; F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de cause sur le droit à réparation*, Paris, LGDJ, 1967, 224 p. ; M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit français*, Paris, LGDJ, 2002, 857 p. ; « Régime général des obligations – Modalités de l'obligation – Pluralité de sujets – Obligation *in solidum* », *JCL Civil Code*, fasc. 30, 2020 ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 596 et ss ; M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, Paris, IRJS, 2014, sp. pp. 47 et ss ; P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *Répertoire de droit civil*, 2020, §§ 157 et ss ou encore P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, pp. 694 et ss ; P. JOURDAIN, « Droit à réparation – Lien de causalité – Pluralité des causes du dommage », *JCL Civil Code*, fasc. 162, 2021 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} ed., Paris, LGDJ, 2013, pp. 359 et ss.

⁴²⁹³ Voy. Cass. civ. 2^e, 28 juin 2007, n° 06-15.744, *Bull. civ. II*, n° 176 et plus généralement P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 173 ; M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, §§ 19, 35 ; P. JOURDAIN, « Pluralité des causes du dommage », *op. cit.*, § 21 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 374.

fautifs ou non fautifs⁴²⁹⁴, simultanés ou successifs⁴²⁹⁵ – son application conduit à soutenir que l'exploitation de l'activité à risque est à l'origine de l'entier dommage quand ce dernier ou la réalisation du risque en étant la (ou « une ») cause ne se serait peut-être pas produit sans la faute du tiers⁴²⁹⁶. Compte tenu des justifications accompagnant la responsabilité de l'exploitant, cette solution n'est pas critiquable. Elle l'est d'autant moins lorsque, concernant la faute d'un tiers placé sous l'autorité de l'exploitant, cette condamnation *in solidum* manifeste, plus qu'un cas de coaction *stricto sensu*, une éventuelle responsabilité du fait d'autrui⁴²⁹⁷. Plus encore, cette condamnation *in solidum* est opportune car elle permet, par principe, de n'éluider aucune des responsabilités. En effet, si d'aucuns soutiennent, en opposition avec l'approche causale de l'obligation *in solidum*, que cette dernière ne constitue *in fine* qu'une garantie en réparation accordée à la victime⁴²⁹⁸, c'est que jouant sur la dichotomie entre obligation à la dette et contribution à la dette, elle ne préjuge pas du partage de la dette de réparation qui sera par suite opérée entre chacun des coresponsables et qui n'affectent alors que leurs rapports réciproques⁴²⁹⁹. De prime abord, le droit de la responsabilité civile permet donc d'organiser efficacement la gestion des coresponsables. Il reste néanmoins que l'application de ces solutions au sein du contentieux en responsabilité du fait des activités à risque ne saurait pas être sans soulever certaines difficultés, selon le choix qui serait celui des victimes mais également la conjoncture de la situation l'accompagnant.

939. Plan. Pour le comprendre, il s'agit d'identifier les difficultés susceptibles de résulter de deux hypothèses successives qui commanderont la structure du présent propos : celle dans laquelle la victime assignerait dans une même instance les coresponsables de son dommage (1.), celle dans laquelle la victime irait rechercher la responsabilité d'un seul d'entre eux (2.).

⁴²⁹⁴ La nature du fait générateur dont chaque coauteur est à l'origine est sans importance. Le fait générateur en cause peut être extra-contractuel ou contractuel. Il peut être volontaire ou involontaire. Il peut être *même sans faute* ou fautif. La solidarité peut également résulter d'un fait pénalement répréhensible et d'un fait générateur purement civil. *Grosso modo*, toutes les combinaisons sont aujourd'hui plus ou moins admises en jurisprudence (ce qui n'a pas toujours été le cas), et même la condamnation *in solidum* avec une personne publique (à tout le moins devant le juge judiciaire) : voy. M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, §§ 7 et ss ; P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, §§ 177 et ss ; P. JOURDAIN, « Pluralité des causes du dommage », *op. cit.*, § 23 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 370, 373-374. Ainsi, le gardien d'une chose et l'auteur d'une faute extracontractuelle peuvent être responsables *in solidum* : voy. Cass. Civ. 2, 15 juin 1977, n° 76-11.225, *Bull. civ. II*, n° 153, p. 108 ; Cass. civ. 2, 29 mars 2001, n° 99-10.735, *Bull. civ. II*, n° 68, p. 45.

⁴²⁹⁵ Voy. Cass. civ. 2, 1^{er} février 1973, n° 71-14.213, *Bull. civ. II*, n° 39, p. 31 ; Cass. civ. 3, 23 janvier 1975, n° 73-13.336, *Bull. civ. II*, n° 26, p. 19 ; Cass. civ. 2, 11 janvier 1979, n° 76-15.133, *Bull. civ. II*, n° 19, p. 14 ; P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 176 ; M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 8.

⁴²⁹⁶ Voy. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 362-363 ou encore C. LARROUMET, note sous Cass. civ. 1, 7 juin 1977, *D.* 1978, p. 290 pour qui « il n'est pas possible de soutenir que le fait de la chose ou la faute de chacun des coresponsables a causé le dommage en entier, car le fait de l'un ne serait peut-être pas une cause de dommage sans le fait de l'autre ».

⁴²⁹⁷ Nous avons déjà évoqué cette possibilité *supra* note 4290 de voir dans la maîtrise de l'organisation et l'autorité de l'exploitant sur les tiers légitimement entrés dans sa sphère d'autorité une éventuelle responsabilité du fait d'autrui. Or, lorsque les conditions pour que le responsable du fait d'autrui soit lui-même tenu de réparer le dommage sont réunies, ce dernier et l'auteur direct du dommage sont traditionnellement tenus *in solidum* vis-à-vis de la victime. La doctrine tend ainsi parfois à différencier cette hypothèse d'une véritable situation de coauteurs : voy. en ce sens M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 22 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 367 ; P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 180. Nous pourrions contester cette position si l'on considère que la responsabilité du fait d'autrui se fonde sur le manquement d'une obligation incombant à celui qui avait l'autorité sur l'auteur direct du dommage (voy. *supra* § 864, note 4290). Il reste en toute hypothèse que le régime reste le même et que cette hypothèse ne saurait de toute façon valoir à l'égard ni du tiers entré illégitimement dans cette sphère d'activité ni d'une faute de l'administration à l'égard de laquelle l'exploitant ne dispose d'aucune autorité.

⁴²⁹⁸ Voy. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 641 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 363-364 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations. Le fait juridique*, *op. cit.*, pp. 209-210.

⁴²⁹⁹ Voy. Cass. civ. 2, 12 janvier 1984, n° 83-143.46, *Bull. civ. II*, n° 5 ; TC, 14 février 2000, n° 97-22.660, *Bull. TC*, n° 188.

1. L'hypothèse d'une mise en cause conjointe des coresponsables

940. Plan. Concernant cette première hypothèse, nous en identifierons d'abord les avantages (a.), puis les limites (b.).

a. L'avantage d'une assignation initiale par la victime de tous les coauteurs

941. Avant l'introduction de sa demande au fond, une victime pourrait avoir eu connaissance, que ce soit par le biais de l'instruction *in futurum* ou d'une quelconque autre enquête, que son dommage, né de la réalisation du risque imputable à l'exploitant, aurait été le fait d'un tiers fautif. Dans ce cas, cette victime serait, en principe, en mesure d'assigner les deux responsables aux fins d'obtenir leur condamnation *in solidum*⁴³⁰⁰. Faisant ainsi des deux responsables des codéfendeurs à l'instance, cette situation serait de prime abord des plus satisfaisantes. D'une part, en permettant à la victime, au cours de l'instruction qui s'en suivra, de pouvoir éventuellement confronter ces responsables, et d'obtenir *in fine* leur condamnation *in solidum* dans un jugement commun, elle autorisera la réalisation de la fonction curative de la règle de responsabilité, mais également celle de l'institution de la responsabilité civile dans son ensemble. D'autre part, elle autorisera la victime, par suite du jugement ainsi rendu, à bénéficier d'un choix à l'égard de celui vers lequel elle se tournera pour obtenir recouvrement de sa créance : cela sans perdre le bénéfice moral de la condamnation « publique » de l'autre et sans que la possibilité pratique d'un recours en contribution et/ou la répartition de la dette susceptible d'en résulter – lequel pourrait d'ailleurs échoir à la même instance⁴³⁰¹ – ne puisse d'aucune manière l'affecter⁴³⁰². Cette solution aussi satisfaisante qu'elle puisse apparaître n'est cependant exempte ni de critique ni d'incertitude.

b. Les limites de l'assignation initiale par la victime de tous les coauteurs.

942. Des limites véritables : la question du tribunal compétent et de la contribution à la dette. Une difficulté tenant à cette hypothèse dans laquelle l'exploitant et le tiers fautifs seraient assignés dans la même instance a d'abord trait à la question du tribunal compétent. D'une part, l'hypothèse envisagée ne serait possible que dans la mesure où le tiers fautif serait une personne privée, le juge judiciaire n'étant pas compétent pour statuer sur la faute de l'administration⁴³⁰³. D'autre part, cela

⁴³⁰⁰ Bien que subordonnée à une demande du créancier, elle apparaît de droit dès lors que les conditions sont respectées : Cass. civ. 3, 9 avril 2014, n° 13-13.414, *Inédit* ; M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 46 ;

⁴³⁰¹ Tel est ainsi possible par le mécanisme de l'appel en garantie réciproque, dont le mécanisme sera également évoqué dans une autre hypothèse *infra*. Constituant une demande incidente, le juge sera alors tenu de statuer dans la même instance sur la contribution de chacun si les codéfendeurs en expriment le souhait : voy. *Code de procédure civile*, art. 334 et ss ; Cass. civ. 3., 5 décembre 1972, n° 71-13.716, *Bull. civ. III*, n° 651 ; M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 93 et B. ROLLAND, « Garantie », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019.

⁴³⁰² Voy. P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 193. La formule est ainsi souvent usitée selon laquelle « chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilité auquel il est procédé entre eux et qui n'affecte pas l'étendue de leurs obligations envers la partie lésée » : Cass. civ. 2, 29 avril 1970, n° 68-13.592 : *Bull. civ. II* ; Cass. civ. 2, 7 mars 1971, n° 70-10.241, *Bull. civ. II*, n° 123, p. 82. Notons toutefois que la jurisprudence n'est pas toujours restée indifférente à la possibilité d'un recours, et qu'elle peut susciter la critique de la doctrine : voy. respectivement G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 371 et J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, n° 285. Notons également que les juges tendent parfois à confondre les deux stades (obligation à la dette et contribution à la dette) ce qui suscite des rappels à l'ordre de la Cour de cassation : voy. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 367-368 et pour exemple Cass. civ. 1, 26 septembre 2012, n° 10-25.139, *Inédit*.

⁴³⁰³ En cas de coaction de l'administration, le juge judiciaire peut condamner pour le tout l'exploitant et le condamner *in solidum*. Mais il ne peut statuer sur la responsabilité de l'administration comme coauteur dans la même instance : voy. P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 182.

questionnerait la compétence territoriale. Le code de procédure civile prévoit la possibilité pour la victime d'assigner plusieurs défendeurs au domicile de l'un d'eux⁴³⁰⁴. Il en va cependant différemment concernant l'option laissée au demandeur en matière de responsabilité civile délictuelle pour laquelle la jurisprudence conditionne le choix du *for* à sa compétence à l'égard de *tous* les défendeurs⁴³⁰⁵. Si l'on était conduit à consacrer un *for* spécifiquement compétent pour statuer sur la responsabilité de l'exploitant indifférent du critère du domicile mais fondé sur le lieu de réalisation du risque, cela pourrait ainsi poser difficulté en l'absence de simultanéité de lieu des faits générateurs invoqués. Certes, il faudrait encore que cette exception soit soulevée par le tiers fautif assigné devant ce *for* spécifique⁴³⁰⁶ et il resterait encore la possibilité pour les parties d'introduire deux instances différentes et de faire usage du mécanisme de la connexité pour les y joindre⁴³⁰⁷. La mécanique pourrait toutefois s'en trouver complexifiée⁴³⁰⁸. On notera d'ailleurs que cette difficulté pourrait être accrue en cas de litige transfrontière européen appelant l'application de la règle de responsabilité et la compétence du juge français. En effet, alors qu'aux termes du règlement de Rome II, la question de la condamnation *in solidum* et de l'action récursoire reste régie par la loi applicable au fond⁴³⁰⁹, les conditions dans lesquelles il est possible d'attirer plusieurs défendeurs devant le même tribunal s'avèrent paradoxalement restrictives⁴³¹⁰.

Ensuite, l'issue du choix laissé à la victime de s'adresser à un des deux responsables condamnés *in solidum* aux fins d'obtenir réparation de son préjudice pourrait ne pas satisfaire quel qu'il soit. Dans l'hypothèse (présumable) où la victime s'adresserait à l'exploitant (supposé être le plus solvable), ce dernier, libérant ainsi l'auteur fautif, pourrait toujours être en mesure de lui exiger remboursement de ce paiement. La doctrine appuie en effet largement l'existence de cette action récursoire, bien qu'elle apparaisse en désaccord sur son fondement⁴³¹¹. Sans qu'il nous soit nécessaire d'entrer dans ce débat, il s'agit simplement de considérer qu'à partir du moment où l'exploitant aura été condamné sur le principe d'une responsabilité *même sans faute*, il n'existera *a priori* aucun obstacle à cette action

⁴³⁰⁴ Voy. *Code de procédure civile*, art. 42 al. 2.

⁴³⁰⁵ Voy. Cass. Com., 7 juillet 2009, 08-16.633, *Bull. civ. IV*, n° 96.

⁴³⁰⁶ Si la règle de compétence n'est pas d'ordre public – et celle que l'on a envisagée *supra* ne le serait *a priori* pas pour le tiers fautif –, elle ne peut être soulevée d'office par le juge que si le tiers ne comparait pas : voy. *Code de procédure civile*, art. 77.

⁴³⁰⁷ Voy. d'ailleurs en ce sens sur la justification de la décision suscitée R. PERROT, « Pluralité de défendeurs », *Procédures 2009*, comm. 349.

⁴³⁰⁸ Rappelons, en effet, que l'instauration d'un *for* unique devait initialement permettre de déjà joindre, au sein d'un même tribunal, les instances susceptibles d'être introduites par plusieurs victimes, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'exception de la connexité.

⁴³⁰⁹ Aux termes du règlement de Rome II, c'est la *lex causae* qui régit la question des « responsabilités multiples » afin que l'action principale et l'action récursoire soient soumises à la même loi et qu'il en ressorte un traitement cohérent des conséquences d'un même « fait dommageable » [dommage] : voy. *Règlement Rome II*, art. 20 ; H. SLIM, « Responsabilité civile délictuelle en droit international privé », *op. cit.*, § 52 ; G. LARDEUX, « Sources extracontractuelles des obligations – Domaine de la loi applicable », *op. cit.*, § 20.

⁴³¹⁰ Le Règlement Bruxelles I bis autorise à assigner plusieurs défendeurs devant une même juridiction mais seulement devant le tribunal du domicile de l'un d'entre eux. Il s'agit donc d'une « compétence spéciale » et non d'une compétence générale laissant la possibilité au droit interne de diriger la demande vers un autre tribunal national compétent. Cette possibilité est en sus soumise à une exigence de connexité : voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 8 § 1 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, pp. 555-556 ; D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 137 ; F. MAILHÉ, « Droit européen des conflits de juridictions », *op. cit.*, § 38 et spécifiquement L. USINIER, « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Compétence – Règles ordinaires de compétence – Compétences dérivées – Article 8 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *JCL Droit international*, fasc. 584-140, 2021, §§ 10 et ss.

⁴³¹¹ La plupart des auteurs s'accordent néanmoins sur le fait que l'action de l'exploitant serait fondée sur une action subrogatoire ou une action personnelle. C'est plutôt l'existence concomitante de ces deux actions ou le fondement de la seconde qui paraît interroger : voy. sur ces questions M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, *op. cit.*, sp. pp. 80 et ss, 129 et ss ; J. BORÉ, « Le recours entre coobligés "in solidum" », *JCP G* 1967, I, 2126 ; P. JOURDAIN, « Pluralité des causes du dommage », *op. cit.*, § 46 ; M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, *op. cit.*, pp. 576 et ss ; « Obligation in solidum », *op. cit.*, §§ 77 et ss ; P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, §§ 197-198 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, pp. 383 et ss.

récursaire. Responsable non fautif, il serait même autorisé à demander remboursement pour le tout à l'auteur fautif⁴³¹² – sous réserve de l'insolvabilité de ce dernier⁴³¹³. Or l'admission de cette hypothèse paraît critiquable. Certes, il faut admettre que le fait que l'exploitant soit condamné *même sans faute* ne signifie pas qu'il n'en a pas commis une, et la possibilité qu'un tiers ait commis une faute ayant participé à la réalisation du risque participerait à établir la propre faute de l'exploitant. Par exemple, la faute d'un sous-traitant dans la manipulation d'une substance radioactive matérialisant une réalisation du risque nucléaire de fusion, pourrait dévoiler une faute de surveillance de l'exploitant. Il appartiendrait alors au tiers de la démontrer afin de rectifier ce partage de responsabilité⁴³¹⁴. Dans l'hypothèse où il n'y aurait aucune faute avérée de l'exploitant, cette solution serait frustrante. Elle participerait, d'une part, à réduire drastiquement la dimension préventive de la responsabilité *même sans faute* puisque ce dernier ne serait pas conduit à supporter le poids de ces dommages si le fautif s'avère solvable. Cette fonction ne saurait alors être assurée que par la reconnaissance d'une responsabilité au stade de l'obligation à la dette, ce qui, sans être totalement sans effet, ne paraît pas satisfaisant⁴³¹⁵. D'autre part, elle reviendrait à dénier que le dommage, eut-il été causé sans faute de l'exploitant, a bien été rendu possible par son activité et par le risque anormal qu'elle présente⁴³¹⁶. La situation dans laquelle les victimes iraient rechercher réparation auprès de l'auteur fautif ne saurait autant satisfaire. Sans préjuger d'une l'insolvabilité de ce dernier qui obligerait alors les victimes à s'en retourner vers l'exploitant, l'auteur fautif ayant indemnisé les victimes ne disposerait *a priori* d'aucun recours contre l'exploitant condamné *même sans faute*, ce qui reviendrait *de facto* à l'exonérer et donc à annihiler de nouveau toute dimension préventive à la reconnaissance de sa responsabilité. Certes, la solution serait de nouveau de démontrer une faute de l'exploitant, cette fois-ci au stade de la contribution à la dette⁴³¹⁷. Elle est néanmoins toujours critiquable, quand, *même sans faute* de

⁴³¹² Voy. P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, §§ 205-206 ; M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 69 ; P. JOURDAIN, « Pluralité des causes du dommage », *op. cit.*, §§ 39, 54 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 394 ; A. HACENE, « Recours entre coauteurs : encore et toujours la primauté de la faute », *D. Act.*, 9 octobre 2018, et pour exemple de l'admission du recours intégral : Cass. civ. 2, 11 juillet 1977, n° 75-15.669, *Bull. civ. II*, n° 185 ; Cass. civ. 3, 5 décembre 1984, n° 82-16.212, *Bull. civ. III*, n° 206 ; Cass. civ. 2, 25 novembre 1987, n° 86-16.074, *Bull. civ. II*, n° 242 ; Cass. civ. 2, 13 juillet 2000, n° 98-21.530, *Bull. civ. II*, n° 126 ; Cass. civ. 2, 13 septembre 2018, n° 17-20.99.

⁴³¹³ L'insolvabilité d'un coresponsable *in solidum* n'est pas un obstacle au jeu de cette obligation : voy. Cass. 3e civ., 21 décembre 2017, n° 16-22.222, 17-10.074, *Bull. civ. III*, n° 147 ; CA Lyon, 12 septembre 2002, n° 01/01008 ; M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 72 ; P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 192.

⁴³¹⁴ Les règles relatives à la répartition de la dette semblent généralement établir une distinction entre les responsables fautifs et les responsables non fautifs, et non une distinction entre responsabilité *même sans faute* et pour faute. Il semblerait donc qu'elles s'intéressent à la faute effective de chaque responsable plutôt qu'au type de responsabilité (c'est-à-dire pour faute ou de plein droit) au titre duquel chacun est responsable du dommage causé à la victime, laquelle doit rester en dehors des rapports réciproques entre coauteurs : voy. en ce sens M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 63 et rapprochez C. GOMEZ LIGUERRE, « Responsabilité solidaire et canalisation de la responsabilité », *RDC*, n° 116, 2019, pp. 252-259. Dans cette hypothèse, on pourrait donc imaginer que le juge en revienne au critère qu'ils utilisent en cas de coauteurs fautifs, lesquels reposent généralement sur la gravité des fautes respectives ou au critère de la participation causale : G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, sp. p. 395 ; P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 199 ; M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 64.

⁴³¹⁵ Il y aura au moins l'avantage de publicité de la responsabilité, si l'on compare avec la confidentialité de la transaction : voy. *supra* § 573.

⁴³¹⁶ Rapp. P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 208. On notera cependant que le partage de responsabilité entre les coauteurs n'est l'objet d'aucune règle figée de *lege lata*. Ainsi, même sans envisager cette hypothèse d'une responsabilité du fait d'autrui, et *même sans faute* de l'exploitant, le principe du recours intégral pourrait se voir écarter lorsque le fait non fautif a été l'occasion ou l'origine de la faute du tiers, et ainsi autoriser à ce que soit réintroduit le critère du rôle causal dans la réalisation du dommage : voy. Cass. civ. 2, 14 février 1979, n° 77-14-149, *Bull. civ. II*, n° 52 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, sp. p. 395. Une telle solution pourrait-elle néanmoins être appliquée si l'exploitant n'ayant commis aucune faute apparaissait comme un responsable du fait d'autrui, c'est-à-dire pour le fait du tiers se trouvant sous son autorité ?

⁴³¹⁷ Voy. M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 63 soulignant ce fait, déjà évoqué quelques notes plus haut, que le tiers ne saurait être tenu par le fondement invoqué par les victimes s'il dispose bien d'une action personnelle – bien que l'auteur réfute que cette action puisse être fondée sur la responsabilité.

l'exploitant, c'est bien l'activité sur laquelle il avait la maîtrise qui a constitué le dommage ou à tout le moins sa réalité et/ou son ampleur éventuelle.

943. Une limite à tempérer : l'existence d'une action publique. Enfin, la dernière difficulté relative à la situation dans laquelle la victime assignerait l'exploitant et le coauteur fautif dans la même instance concernerait l'hypothèse dans laquelle l'accident survenant à cause l'activité à risque verrait l'action publique exercée. Dans ce cas, alors que l'adage selon lequel le criminel tient le civil en l'état ne saurait valoir à l'endroit de la responsabilité de l'exploitant, il pourrait toutefois conduire le juge à surseoir à statuer pour ce qui concerne la reconnaissance de responsabilité du tiers fautif⁴³¹⁸. L'assignation conjointe des codéfendeurs perdrait alors tout intérêt car le prix de la condamnation *in solidum* conduirait à un ralentissement à l'excès du procès en responsabilité⁴³¹⁹. Il ne resterait alors qu'au juge, aux fins d'une bonne administration de la justice, de prendre la décision de disjoindre les instances afin de donner une décision immédiate à la demande qui serait en état d'être jugée⁴³²⁰. Le juge pourrait ainsi statuer sur la responsabilité de l'exploitant, et le condamner pour le tout, à charge pour ce dernier de se retourner ensuite contre le tiers fautif, mais dont l'instance civile, dans l'hypothèse du paiement de la créance par l'exploitant, devrait être éteinte du fait de la disparition de son objet⁴³²¹. Assurément, cette solution est frustrante pour les victimes ainsi privées d'une confrontation avec le tiers fautif. Elle nous paraît néanmoins pouvoir être relativisée à deux égards. D'une part, si le tiers fautif est pénalement poursuivi, ces derniers pourront toujours tirer une satisfaction cathartique du procès pénal, quand la réparation de leur dommage aura d'ores et déjà été assumée par l'exploitant. D'autre part, cette solution serait *in fine* celle qui serait à la fois la plus confortable pour ces dernières et, paradoxalement, la plus respectueuse des fonctions poursuivies par la responsabilité. Telle est d'ailleurs la conclusion à laquelle nous parviendrons au terme de l'étude de la seconde hypothèse, car elle justifiera par la suite que nous proposons d'aménager cette canalisation de la responsabilité amenée à s'imposer.

⁴³¹⁸ On sait que selon une interprétation large de cet adage tirée de l'article 4 du Code de procédure pénal, le juge civil devait être tenu de surseoir à statuer chaque fois que des faits avaient justifié l'exercice de l'action publique. Néanmoins, et depuis une réforme de 2007, la portée de cet adage a été fortement limitée si bien qu'elle ne vise plus que l'action civile poursuivant la réparation du dommage résultant de l'infraction. Étant une responsabilité *même sans faute*, la responsabilité de l'exploitant ne saurait donc obliger le juge civil à surseoir à statuer. En revanche, concernant l'auteur fautif, il en irait autrement si la réparation des dommages était invoquée comme la conséquence de son infraction, et ce bien que la règle ne soit *a priori* pas d'ordre public et que le juge ne soit ainsi pas tenu de la relever d'office – le civil étant d'intérêt privé. Hormis ce dernier cas, le juge conserve un pouvoir discrétionnaire entre le sursis à statuer ou l'examen du litige. Néanmoins, l'exercice de cette faculté doit exclure toute atteinte de sa part à la présomption d'innocence de la personne dont il est amené à examiner la responsabilité : voy. sur ces questions *Code de procédure pénale*, art. 4 ; Cass. civ. 1, 31 octobre 2012, n°11-26.476, *Bull. civ. I*, n°226 ; G. VINEY, *Introduction au droit de la responsabilité*, op. cit., pp. 298 et ss ; P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., pp. 468-469. Voy. sur le refus du juge à surseoir à statuer dans le cas d'une responsabilité sans faute : Cass. civ. 2, 24 avril 1958 ; *Gaz. Pal.* 1958, 1, p. 417 ; Cass. civ. 2, 21 juin 1957 ; *JCP* 1958, II, 10598 et plus récemment Cass. civ. 1, 20 septembre 2017, n°16-19.643, *Bull. civ. I* ; Cass. civ. 1, 22 novembre 2017, n°16-24.719, *Inédit* concernant l'affaire du Médiateur, ce qui avait d'ailleurs provoqué la frustration des défendeurs se trouvant dans l'impossibilité de faire valoir des pièces soumises au secret de l'instruction comme évoqué *supra* note 1432.

⁴³¹⁹ Tenu de surseoir à statuer, le juge civil a encore la possibilité d'instruire l'affaire (sans préjuger toutefois du fond), mais il est en tout état de cause dans l'impossibilité de prononcer sa décision sur le fond jusqu'à ce que le juge pénal ait statué : voy. Cass. civ. 2, 1 avril 1968, *Bull. civ. II*, n°108 ; Cass. civ. 1, 9 février 1999, *Bull. civ. I*, n°49 ; G. VINEY, *Introduction au droit de la responsabilité*, op. cit., p. 299.

⁴³²⁰ Voy. *Code de procédure civile*, art. 367 ; N. FRICERO, « Jonction et disjonction d'instances », op. cit., § 11.

⁴³²¹ La victime ayant ainsi obtenu réparation de son préjudice par l'exploitant, elle n'a *a priori* plus de recours en réparation contre le tiers fautif. En revanche, si elle n'a pas obtenu réparation intégrale, elle conserve son droit d'élection dans ce sens qu'elle peut encore poursuivre tous les responsables, la poursuite d'un responsable n'étant pas une mesure d'exclusion et n'épuisant pas ses droits : voy. M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, op. cit., p. 79 ; P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », op. cit., § 91.

2. L'hypothèse d'une mise en cause d'un seul responsable

944. **Plan.** Il s'agit ici d'envisager deux hypothèses : celle dans laquelle la victime assigne l'exploitant (a.) et celle dans laquelle elle assigne le tiers fautif (b.).

a. L'assignation par la victime du seul exploitant.

945. **L'incidence limitée d'une intervention du tiers fautif sollicitée par la victime.** Cette première hypothèse dans laquelle les victimes du fait d'une activité à risque rechercheraient la responsabilité *même sans faute* de l'exploitant, est la plus probable. Susceptible de survenir indépendamment de l'existence d'un coauteur fautif mais surtout indépendamment de sa connaissance préalable par les victimes, cette hypothèse ouvrirait ainsi la voie à deux issues. Il se pourrait d'abord qu'après assignation de l'exploitant, la victime apprenne, lors de la mise en état de l'affaire et notamment au moyen de mesures d'instructions diligentées ou d'arguments avancés par l'exploitant, l'existence de ce tiers fautif. Dans ce cas, la victime d'elle-même, ou sur invitation du juge, pourrait requérir l'intervention forcée de ce tiers à l'instance, lequel en deviendrait ainsi une partie autonome⁴³²². Exception au principe d'immutabilité du litige, cette opération est rendue possible dès lors que le demandeur bénéficie d'un droit d'action principal à l'encontre de ce tiers et qu'il apparait un lien suffisant avec les prétentions initiales des parties ; des conditions susceptibles d'être assouplies selon la finalité qu'on confère à cette demande. La victime pourrait ainsi appeler le tiers fautif aux fins d'une déclaration de jugement commun, dans la perspective d'une action future ou aux fins de condamnation *in solidum* avec l'exploitant⁴³²³. Dans cette dernière hypothèse, on se retrouverait alors peu ou prou dans la même situation que celle étudiée ci-dessus. Il en résulterait ainsi les mêmes avantages, c'est-à-dire la satisfaction pour les victimes de confronter le tiers fautif ainsi attiré à la cause, et la possibilité pour ce dernier de faire valoir ses arguments en tant que partie à part entière. Mais réciproquement, il en résulterait les mêmes difficultés. Certes, l'intervention du tiers fautif pourrait éliminer quelques-uns des obstacles relatifs la détermination du tribunal compétent *ratione loci* en raison de la prorogation de compétence qu'autorise cette intervention⁴³²⁴ – et ce nonobstant les limites que posent encore le droit de l'Union européenne dans le cadre d'un litige transfrontalier⁴³²⁵. Toutefois, elle ne saurait être possible à l'endroit de l'administration fautive, raison faite de

⁴³²² Voy. *Code de procédure civile*, art. 331 et 332 ; J.-J. TAISNE, « Intervention », *JCL Procédure civile*, fasc. 600-20, 2021 ; D. D'AMBRA, A.-M. BOUCON, « Intervention », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2020 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, pp. 1136 et ss.

⁴³²³ La mise en cause en vue de déclaration de jugement commun permet d'attirer le tiers à la cause en vue de lui rendre opposable le jugement comme autorité de chose jugée sans pour autant le rendre exécutoire à son encontre. Ainsi, le tiers ne sera pas condamné en tant que tel mais il ne pourra pas former une tierce opposition au jugement rendu, à la différence de l'appel à fin de condamnation. En pratique, la mise en cause en vue de déclaration de jugement commun permet donc de préparer une action qui sera exercée ultérieurement et éventuellement par voie principale. Le tiers appelé pourra ainsi faire valoir directement ses objections et la partie l'ayant appelé pourra ensuite directement invoquer à son encontre, à l'appui de son action récursoire, la décision qui sera rendue : voy. Cass. civ. 3, 23 juin 1981, n°79-17.108, *Bull. civ. III*, n° 132 ; J.-J. TAISNE, « Intervention », *op. cit.*, § 110 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, pp. 1136-1137.

⁴³²⁴ Voy. *Code de procédure civile*, art. 333 ; J.-J. TAISNE, « Intervention », *op. cit.*, § 27 ; D. D'AMBRA, A.-M. BOUCON, « Intervention », *op. cit.*, §§ 28-30.

⁴³²⁵ Le Règlement de Bruxelles I bis prévoit cette possibilité d'attirer par le biais d'une intervention forcée les coresponsables devant le tribunal saisi, peu importe le chef de compétence ayant servi cette saisine – sauf à ce que cela serve un détournement de compétence. Cela étant, les effets de cette intervention sont susceptibles de se moduler selon les conditions de la *lex fori*, certains États n'admettant que partiellement cette possibilité, la limitant à la déclaration de jugement commun : voy. *Règlement Bruxelles I bis*, art. 8 § 2 et 65 ; D. ALEXANDRE, A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 140 et ss ; L. USINIER, « Compétences dérivées – Article 8 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *op. cit.*, §§ 29 et ss, sp. § 38-42.

l'inexistence d'une prorogation de compétence attributive du juge civil⁴³²⁶. De plus, cette intervention pourrait pareillement retarder le rendu du jugement. Outre que le juge puisse de nouveau surseoir à statuer en raison d'une information judiciaire impliquant le tiers fautif, l'intervention tardive serait également susceptible de ralentir la mise en état de l'affaire, notamment pour ce qui concerne l'opposabilité à ce dernier des mesures d'instruction déjà diligentées. Dans un objectif de célérité de la justice, le juge serait ainsi autorisé à statuer sur la cause principale, sauf à statuer ensuite sur l'intervention⁴³²⁷. Le principal resterait donc valable : l'exploitant resterait le premier responsable tenu au tout, sans préjudice du recours qu'il aurait contre le tiers fautif, ou de la survivance éventuelle de l'action des victimes à l'égard de ce dernier. Cela vaut également dans l'hypothèse où le tiers fautif serait appelé en intervention par l'exploitant.

946. L'incidence limitée d'une intervention du tiers fautif sollicité par l'exploitant. La victime ayant connaissance de ce tiers fautif resterait libre ne pas requérir l'intervention à l'instance de ce dernier. Si le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire, voire les y « enjoindre », il ne s'agit là que d'une faculté ne lui donnant en sus aucun droit de les condamner d'office⁴³²⁸. Ainsi s'applique le principe selon lequel l'existence d'un tiers fautif ne porterait *a priori* nullement atteinte au droit d'élection de la victime qui n'est pas obligée de poursuivre tous les coauteurs potentiels, fut-ils connus ou non. Il faut en effet peut-être ici rappeler que la « condamnation in solidum » constitue une forme de fiction qui joue chaque fois que le fait d'un tiers n'est pas de nature à exonérer le (co)auteur du dommage, et cela que ce tiers soit ou non poursuivi, qu'il soit ou non solvable et surtout qu'il soit ou non connu des victimes mais également du responsable^{4329/4330}. Néanmoins, que la victime renonce à ses droits à l'encontre du tiers, ne signifie pas qu'il en sera de même pour l'exploitant qui, au lieu d'exercer son droit de recours contre le fautif lors d'une instance ultérieure, pourrait mettre directement en cause ce tiers fautif – bien qu'étant alors soumis aux mêmes limites de compétences que la victime. Or, bien que constituant là une qualification critiquable du recours en contribution à la dette, qui suppose par essence une action de celui des codébiteurs qui s'est affranchi de la totalité de la dette de réparation⁴³³¹, cette solution présenterait un certain intérêt. Outre son gain de temps et d'argent tant pour l'exploitant que pour le tiers voyant ainsi la possibilité pour lui de contester sa responsabilité⁴³³², l'exploitant se verrait également dans la possibilité de pallier l'inertie des victimes en leur offrant cette possibilité de confronter le coauteur⁴³³³.

⁴³²⁶ En réalité, le silence est gardé par le code sur cette question, mais elle semble s'imposer par une interprétation *a contrario* de l'article 333 pour les juridictions de l'ordre judiciaire. Aussi, elle devrait l'être d'autant plus concernant la personne publique : voy. J.-J. TAISNE, « Intervention », *op. cit.*, §§ 28, 123 ; D. D'AMBRA, A.-M. BOUCON, « Intervention », *op. cit.*, §§ 24-27.

⁴³²⁷ Voy. *Code de procédure civile*, art. 326.

⁴³²⁸ Voy. J.-J. TAISNE, « Intervention », *op. cit.*, § 114.

⁴³²⁹ Voy. sp. sur ce droit d'élection M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, *op. cit.*, pp. 76 et ss.

⁴³³⁰ Il faut en effet bien comprendre que la « condamnation *in solidum* » constitue une forme de fiction qui joue chaque fois que le fait d'un tiers n'est pas de nature à exonérer le (co)auteur du dommage, et cela que ce tiers soit ou non poursuivis, qu'il soit ou non solvable et surtout qu'il soit ou non connu des victimes mais également du responsable : voy. Cass. civ. 2, 14 février 1962, n° 60-13.696, *Bull. civ. II*, n° 198 ; Cass. civ. 2, 15 décembre 1966, *Bull. civ. II*, n° 968 ; Cass. civ. 2, 29 avril 1970, n° 68-13.592, *Bull. civ. II*, n° 138 ; P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 192 ; M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, §§ 21, 44.

⁴³³¹ Voy. M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, *op. cit.*, pp. 225 et ss.

⁴³³² Voy. P. LE TOURNEAU (dir), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 704.

⁴³³³ Cela vaut particulièrement pour l'appel en garantie dont on détaillera le principe juste ci-dessous, mais dont on peut déjà supposer le mérite : voy. M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, *op. cit.*, p. 229 ; P. CHAUMETTE, « La subrogation personnelle sans paiement ? », *RTD civ.*, 1986, p. 33 ; H. GROUDEL, « Réflexion sur la subrogation anticipée », *D.*, 1987, p. 283.

Mais parce qu'il ne saurait faire de ce tiers un défendeur à leur égard⁴³³⁴, le principal resterait valable : l'exploitant resterait partie principale, et condamné au tout : les obstacles susceptibles d'affecter par suite son appel en garantie ne pouvant affecter que ses rapports réciproques avec le tiers fautif⁴³³⁵.

b. L'assignation par la victime du seul tiers fautif

947. Une situation posant de plus grandes difficultés. Différente serait en revanche la situation dans laquelle la victime choisirait de ne rechercher que la responsabilité du tiers fautif devant le juge civil. Dans cette hypothèse, il serait tout à fait temps pour la victime de faire intervenir l'exploitant aux fins d'une condamnation *in solidum*. Le juge serait alors autorisé à accepter cette intervention. Plus encore, dans un objectif de célérité de la justice, il pourrait ne pas statuer sur le principal sauf à statuer sur l'intervention ensuite, mais disjoindre la demande principale de l'intervention, afin de statuer sur cette seconde en premier lieu : c'est-à-dire chercher la responsabilité de l'exploitant⁴³³⁶. La chose étant toutefois que l'inertie de la victime ne saurait alors être relayée par le tiers fautif. Sauf à prouver une faute de la part de l'exploitant, ce tiers ne disposerait d'aucun droit de recours lui permettant de faire intervenir, même en tant que seule partie à son égard, l'exploitant. La situation pourrait dès lors apparaître frustrante. D'une part, dans l'hypothèse où le tiers serait solvable, il serait tenu de payer la dette de réparation des victimes ce qui « exonérerait » l'exploitant de toute responsabilité, réduisant ainsi à néant la fonction préventive de sa responsabilité et la reconnaissance de la part prise par le risque de son activité dans le dommage. D'autre part, dans l'hypothèse où le tiers ne serait pas solvable et donc ne se serait pas acquitté de sa dette – ce qui paraît une hypothèse plus probable (mais non certaine) que celle d'une insolvabilité de l'exploitant – les victimes n'ayant ainsi pas mis en cause ce dernier n'aurait alors pas d'autre choix que d'introduire une nouvelle instance à l'encontre de l'exploitant : la dette n'étant pas réglée, elle bénéficierait encore de leur faculté d'élection. Certes, cette hypothèse, montrant un choix stratégique douteux de la part des victimes, paraît assez peu susceptible de survenir. Il faut néanmoins se défier de tout préjugé.

948. Une situation probable en pratique. Il est possible, en effet, que les victimes ne connaissent pas l'exploitant de l'activité à risque dont l'appréhension *ratione materiae* peut rendre délicate son identification⁴³³⁷. Il est ensuite possible que cette situation survienne peu ou prou similairement dans l'hypothèse où la victime se serait constituée partie civile à un éventuel procès pénal destiné à établir les responsabilités et n'aboutissant qu'à reconnaître la culpabilité du tiers fautif⁴³³⁸. Sauf à légalement

⁴³³⁴ L'intervention forcée du tiers à l'initiative de l'exploitant ne saurait en effet avoir les mêmes effets que si elle émane de la victime, auquel cas cela reviendrait à obliger la victime à faire une demande en justice. Elle ne saurait dès lors n'être qu'une déclaration en vue de jugement commun ou une intervention prenant la forme d'un appel en garantie dont la particularité est de ne créer un lien juridique qu'entre l'appelant (l'exploitant) et l'appelé (le tiers fautif) : voy. Cass. civ. 1, 25 févr. 1992, n° 89-12.423, Bull. civ. I, n° 62 ; D. D'AMBRA, A-M. BOUCON, « Intervention », *op. cit.*, §§ 115, 147 ; J-J. TAISNE, « Intervention », *op. cit.*, § 146.

⁴³³⁵ Et ce indépendamment de l'effectivité de son recours contre le tiers fautif ou de tous les obstacles susceptibles de conduire le juge à surseoir à statuer sur la faute de ce dernier, et donc de statuer par suite sur l'appel en garantie, qui n'affecterait que les rapports réciproques entre l'exploitant et le tiers fautif. Dans le cadre d'un appel en garantie, c'est d'ailleurs en ce sens que le juge serait tenu de procéder puisque « l'appel en garantie ne pouvant être jugé qu'après examen de la demande principale, il ne peut être sursis à statuer sur celle-ci jusqu'au résultat de celui-là » : Cass. civ. 1, 19 nov. 1985, D. 1986. IR 246.

⁴³³⁶ Voy. D. D'AMBRA, A-M. BOUCON, « Intervention », *op. cit.*, § 37.

⁴³³⁷ Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2, b.

⁴³³⁸ Voy. Code de procédure pénale, art. 3 et 4 ; B. LAPÉROU-SCHENEIDER, « Action publique et action civile – action civile exercée devant les tribunaux répressifs - généralités », *JCL Procédure pénale*, fasc. 20, 2021, § 67.

reconnaitre que l'exploitant serait civilement responsable pour le fait du tiers ayant agi dans sa sphère d'autorité⁴³³⁹, le juge pénal n'est en effet, et à la différence du juge civil⁴³⁴⁰, pas compétent pour statuer sur la condamnation *in solidum* de coauteurs dont l'un est pénalement responsable et l'autre non⁴³⁴¹. Pour la victime n'ayant alors pas obtenu une réparation effective du responsable fautif, il resterait alors à introduire une instance au civil contre l'exploitant responsable *même sans faute*⁴³⁴². Il en est enfin possible que cette solution survienne, mais encore sous un angle différent, lorsque le tiers dont la faute est susceptible de fonder l'action en responsabilité des victimes serait l'administration. On sait, en effet, qu'en matière d'activités à risque, l'État apparaît bien souvent comme un bouc-émissaire commode. Mais, le juge administratif, à la différence du juge civil, se refuse à condamner l'administration pour le tout lorsque son fait a interféré avec celui d'une personne privée⁴³⁴³. Dans l'hypothèse où, rappelant au souvenir de l'affaire AZF, le juge administratif considérerait que la faute de l'administration n'aurait que partiellement contribué à la survenance du dommage, la victime serait alors obligée d'introduire une instance devant le juge judiciaire à l'encontre de l'exploitant aux fins d'obtenir réparation intégrale de son préjudice, juge devant lequel elle n'aurait, nullement besoin de démontrer une faute.

949. Conclusion intermédiaire : l'opportunité d'une canalisation « édulcorée ». De cet exposé visant à exposer quelques-unes des hypothèses susceptibles de survenir en l'existence de plusieurs responsables, il est possible de tirer quelques conclusions. Elles ont en effet suffi à mettre en lumière les difficultés susceptibles de survenir à l'endroit de la gestion des coresponsables, et surtout à montrer la satisfaction que revêtirait toute recherche en premier lieu de la responsabilité de l'exploitant. Ce constat auquel nous parvenons aurait peut-être pu relever de l'évidence. Il nous semble pourtant que la pertinence d'une mise en œuvre prioritaire de celle-ci méritait démonstration, car ses qualités vont au-delà d'exempter les victimes d'apporter la preuve d'une faute. La responsabilité de l'exploitant, en sus d'être apparue comme le seul élément constamment survivant des hypothèses envisagées, est en effet apparue comme étant, dans le même temps, la seule dont la mise en cause était à même de permettre une gestion efficace d'un cas de coresponsabilités. Pour cela, c'est partant des conclusions tirées de ces hypothèses qu'il s'agit, dans le propos qui suit, de défendre la possibilité de consacrer le principe d'une canalisation « édulcorée » de la responsabilité de l'exploitant.

B. L'opportunité d'une canalisation procédurale « édulcorée »

950. Une confirmation de l'opportunité d'une canalisation procédurale « édulcorée ». S'il ressort de la conclusion du propos précédent l'opportunité que représente la consécration d'une forme de

⁴³³⁹ Voy. M. BRUSORIO-AILLAUD, « Régime de la réparation – action en réparation – compétence juridictionnelle – compétence des juridictions répressives » *JCL Civil Code*, fasc. 221-20, 2021, § 101 ; M. REDON « Solidarité pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2019, § 14.

⁴³⁴⁰ Voy. P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 179.

⁴³⁴¹ *Ibid.*, §§ 180-181, 210, 213-214.

⁴³⁴² Voy. Cass. Civ. 2, 11 juillet, 1956, *JCP*, 1956, II, 9584, note P. ESMEIN ; Cass. Civ. 2, 13 novembre, 1959, *Bull. civ. II*, n° 736 ; Cass. Crim., 4 février 1970, *Bull. Crim.*, n° 90.

⁴³⁴³ Voy. J. LESSI, « Concl. sur CE, 9 novembre 2016, Médiateur, n°393108, 393902, 393904, 393926 », *op. cit.* ; H. BELRHALL, *Les coauteurs en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2003, p. 134 ; *Responsabilité administrative, op. cit.*, p. 409.

canalisation de la responsabilité sur l'exploitant, c'est qu'au-delà d'exempter les victimes de la recherche d'une faute, la mise en œuvre de sa seule responsabilité apparaît comme une solution satisfaisante à bien des égards ; cela quand bien même, au souvenir du régime de responsabilité civile nucléaire, aucune limitation du *quantum* de la responsabilité de l'exploitant ne saurait ici s'imposer du fait d'une quelconque assurance obligatoire. Cependant, c'est de nouveau sans céder à la rigueur du principe de canalisation tel qu'on le connaît dans le cadre du régime de responsabilité civile, qu'il s'agit alors de l'envisager. En effet, si l'orientation des victimes vers le seul exploitant présente des avantages certains, il est toujours de notre ambition de ne pas éluder ses coauteurs au risque de nuire à certaine fonction de la responsabilité.

951. Plan. Cette canalisation n'ayant pas vocation à consacrer une responsabilité strictement exclusive de l'exploitant, il s'agit d'en déterminer les modalités (1.) avant d'y apporter un tempérament relatif à l'identification *ratione materiae* du responsable (2.).

1. Les modalités d'une canalisation « édulcorée »

952. Plan. Il s'agit ainsi de défendre le principe d'une action canalisée vers l'exploitant (a.) et d'envisager les modalités de mise en cause du tiers fautif (b.)

a. *Le principe : une canalisation de l'action en responsabilité vers l'exploitant.*

953. Le principe. L'idée qui sous-tend la solution que nous proposons est relativement simple. Dans tous les cas étudiés ci-avant, la mise en œuvre de la responsabilité du co-auteur fautif a constitué une source de difficultés. Il s'agit d'inviter, voire d'obliger les victimes d'une activité à risque à rechercher prioritairement la responsabilité de l'exploitant.

954. Les avantages. Cela présente plusieurs avantages, le premier étant celui de la célérité. En présence d'un procès pénal, le caractère *même sans faute* de la responsabilité de l'exploitant n'oblige nullement le juge à surseoir à statuer quand il peut en être autrement concernant la responsabilité du tiers fautif qui, recherchée conjointement ou seul, conduit le juge à disjoindre les instances ou les victimes à en introduire une nouvelle. Ensuite, la mise en œuvre prioritaire de la responsabilité de l'exploitant permet de garantir sa responsabilité, quand il est impossible pour le coauteur fautif de mettre en cause la responsabilité de ce – sauf à démontrer l'existence d'une faute lui étant imputable – conduit l'exonérer *de facto* de toute responsabilité. Certainement, et à l'instar de ceux qui regrettent cette primauté historique et byzantine de la responsabilité pour faute sur la responsabilité sans faute⁴³⁴⁴ et des propositions de réformes les plus récentes⁴³⁴⁵, une évolution des règles d'origine jurisprudentielle paraît ici souhaitable. Le cas échéant, la possibilité qui pourrait être reconnue au tiers fautif de se retourner contre l'exploitant coauteur sans faute résoudrait pour partie les difficultés identifiées. Cela ne suffit pas à dénier la pertinence d'une recherche prioritaire de la responsabilité de l'exploitant. Persiste cette réalité qu'une action introduite auprès de l'exploitant permet une résolution

⁴³⁴⁴ Voy. P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, « Solidarité », *op. cit.*, § 208 ; V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *Théorie générale des obligations et responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, n° 330 ; D. CROCHET, « La contribution à la dette des coobligés *in solidum* », *LPA*, vol. 118, pp. 3 et ss.

⁴³⁴⁵ Voy. Sénat, *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, *op. cit.*, art. 1267.

plus rapide du litige, puisque tout évènement dilatoire relatif à la mise en cause d'un coauteur n'empêcherait pas le juge de statuer sur sa responsabilité à titre principal.

Surtout, cette évolution permettrait d'exposer le dernier avantage que présente la recherche prioritaire de la responsabilité de l'exploitant, et qui a trait au problème de la compétence, qu'elle soit territoriale ou d'attribution. Dans l'hypothèse où le tiers fautif serait une personne publique, la recherche de la responsabilité de l'exploitant alors condamné au tout permettrait à la victime d'obtenir réparation intégrale sans diviser ses recours, quand pareille solution est plus qu'incertaine si son action était introduite devant le juge administratif. Dans l'hypothèse où le tiers fautif serait une personne privée, la mise en cause prioritaire de l'exploitant permet d'assurer la compétence du tribunal territorialement compétent à l'endroit de l'exploitant et désigné selon la règle de responsabilité *lato sensu*. En effet, le tiers qui serait alors éventuellement susceptible d'intervenir qu'après coup ne saurait décliner la compétence de la juridiction.

b. Une précision : la non-exclusivité de la responsabilité de l'exploitant.

955. Une intervention du tiers fautif laissée à l'initiative des parties. Que la responsabilité de l'exploitant soit mise en œuvre en premier lieu n'autorise pas à passer outre celles des tiers fautifs. En effet, si le but de la canalisation est d'éviter que les victimes se retournent en premier lieu vers le coauteur fautif, elle ne signifie toujours pas que l'exploitant sera exclusivement responsable. Une telle solution serait contraire à l'esprit du droit de la responsabilité civile et ne trouverait aucune justification dans le cadre du régime que nous proposons. Ce sont donc simplement les modalités de la mise en cause de ce tiers fautif qui seraient alors susceptible de changement, puisque ce dernier ne serait susceptible d'être mis à la cause qu'en second lieu. Cela éviterait en sus toute difficulté relative à la compétence territoriale du tribunal en raison de la prorogation existante à cet endroit ; cela sous réserve toutefois des limites qu'imposeraient tant le Règlement Bruxelles I bis que le droit procédural d'une juridiction étrangère amenée à être compétente en cas de litige transfrontière⁴³⁴⁶ – si tant est que ces règles ne soient considérées comme substantielles de la loi applicable⁴³⁴⁷. Plus encore, la connaissance de ce tiers fautif pourrait tenter que l'on confère au juge l'obligation de procéder d'office à l'intervention forcée de ce dernier. Une telle solution est cependant difficilement envisageable. La mise en cause forcée du tiers ne pouvant être opérée qu'aux fins d'une déclaration de jugement commun ou d'une condamnation⁴³⁴⁸, cela reviendrait à priver à l'excès les parties de l'initiative de leur procès. Autrement dit que la loi puisse obliger les victimes à former leur prétention en premier lieu contre l'exploitant pourrait paraître acceptable dès lors que la règle de responsabilité serait celle sur laquelle serait fondée leur demande ; en témoigne d'ailleurs le régime de responsabilité civile nucléaire. En revanche, conférer au juge civil le pouvoir d'ordonner des parties à poursuivre un tiers apparaît plus critiquable. On retrouve d'ailleurs ici la même limite déjà énoncée entre le « juge

⁴³⁴⁶ Voy. *supra* note 4325.

⁴³⁴⁷ Voy. *Supra*, Section 1, § 1, B, 2, b.

⁴³⁴⁸ Est ainsi irrecevable la mise en cause d'un tiers à seule fin d'obtenir des renseignements sur des faits susceptibles d'être en relation avec le litige, ce qui relève du domaine de l'enquête : voy. Cass. civ. 3^e, 12 juillet 1977, *Bull. civ. III*, n°311 ; Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1987, *Bull. civ. I*, n°108.

d’instruction civil » et le juge d’instruction pénal, dont le premier, s’il peut voir ses pouvoirs renforcés, ne le pourrait néanmoins que lorsque ce sont les moyens techniques mis au service des prétentions des parties que ce renforcement vise, et non l’objet du litige en lui-même.

956. L’identification de la partie disposant de l’initiative de l’intervention du tiers fautif.

Considérer que le tiers fautif ne peut être mis en cause qu’en second lieu ne règle cependant pas la question pouvant subsister de savoir laquelle de ces parties en aurait le pouvoir d’initiative. Il y aurait alors des avantages certains à ne conférer ce pouvoir qu’à l’exploitant. D’abord, cela permettrait de renforcer la canalisation en clarifiant la situation pour les victimes : elles ne pourraient poursuivre que l’exploitant et ce dernier apparaîtrait en toute hypothèse comme le seul défendeur. Ensuite, dans l’hypothèse où l’intervention forcée du tiers fautif apparaîtrait chronophage⁴³⁴⁹, le juge serait alors plus volontairement incité à statuer sur sa responsabilité, sauf à statuer sur le recours en contribution par suite, qu’il prenne la forme d’un appel en garantie ou d’une déclaration de jugement commun. Enfin, la dimension préventive de la responsabilité de l’exploitant resterait assurée par le fait que les parties seraient tenues de s’adresser à lui pour obtenir réparation ; le recours qu’il serait susceptible d’exercer contre le tiers, pendant l’instance ou dans une autre instance n’étant susceptible que d’affecter leur rapport réciproque. Cette solution, qui ne différencie donc pas tant notre proposition de celle du régime de responsabilité civile nucléaire⁴³⁵⁰, souffrirait cependant certaines limites.

Le fait de ne conférer un droit d’action envers le tiers fautif qu’à l’exploitant, présente en effet des inconvénients certains. Premièrement, il resterait la possibilité pour l’exploitant non fautif de demander contribution au tout au tiers fautif – fut-il solvable. Ce point pourrait cependant ici faire l’objet d’une modification tant cette solution, nous l’avons déjà évoquée, est déjà l’objet de critiques en doctrine. Il appartiendrait alors au juge d’établir un juste partage des responsabilités en se fondant sur un autre critère, tel que celui de la causalité⁴³⁵¹. Deuxièmement, cette solution pourrait frustrer la vindicte des victimes qui se retrouveraient écartées de l’instance impliquant le tiers fautif ainsi laissée à la discrétion de l’exploitant. Privées de puiser elle-même dans le patrimoine du fautif, il faudrait alors trouver un moyen d’assurer la reconnaissance publique de sa responsabilité, en dehors du cas où l’existence d’un procès pénal les autoriserait à se constituer partie civile. Troisièmement, la situation suscite un questionnement théorique, en sus de pouvoir aboutir à une situation problématique pour les victimes susceptibles de se trouver confrontées à l’insolvabilité de l’exploitant. En effet, si l’on considère que l’exploitant bénéficie d’un droit de recours contre le tiers fautif, c’est que ce dernier devrait en principe, sauf à lui reconnaître là une simple action personnelle justifiée par un préjudice qu’il aurait lui-même subi en indemnisant les victimes⁴³⁵², avoir été condamné *in solidum* avec ce dernier. Or, le principe de l’obligation *in solidum* implique normalement un droit d’élection pour la victime, qui peut choisir de se tourner vers n’importe lequel des auteurs du dommage, et qui ne s’éteint qu’une fois qu’elle se trouve libérée de sa créance. En canalisant l’action des victimes vers

⁴³⁴⁹ Soit, comme vu *supra*, en raison d’un procès pénal en cours, soit en raison des nouvelles mesures d’instruction que cela imposerait.

⁴³⁵⁰ Rappelons que l’exploitant bénéficie également d’un droit de recours dans ce régime, fut-il néanmoins strictement encadré.

⁴³⁵¹ Telle est d’ailleurs la solution généralement préconisée par la doctrine et en partie retenue par le projet de réforme en cours.

⁴³⁵² Sur la thèse de l’action récursoire comme fondée sur la responsabilité voy. M. MIGNOT, « Obligation *in solidum* », *op. cit.*, § 79.

le seul exploitant, sans leur donner la possibilité d'engager la responsabilité du tiers fautif – même qu'en second lieu – la situation pourrait donc devenir problématique s'il devait apparaître que ce tiers fautif est plus solvable que l'exploitant. Dans ce contexte, on ne pourrait alors que remettre en cause le fait que l'exploitant dispose seul d'un droit d'action contre le tiers fautif. Il faudrait trouver une solution dans laquelle les victimes devraient d'abord introduire leur action contre l'exploitant mais serait ensuite aptes à faire intervenir le tiers fautif dans la même instance aux fins de les condamner *in solidum* – sous réserve toujours de l'hypothèse d'une faute de l'administration bloquant cette possibilité. L'action contre le tiers fautif apparaîtrait alors comme l'accessoire facultatif de l'action principale contre l'exploitant. Cela permettrait donc de conserver presque tous les avantages de la canalisation, sans remettre en cause le bénéfice offert à la victime de se tourner vers le fautif en cas d'insolvabilité de l'exploitant. Il ne resterait alors au juge qu'à procéder à un partage de responsabilité autorisant, même en l'absence de faute de l'exploitant, le tiers fautif solvable à ne pas supporter seul la réparation. Afin de ne pas annihiler toute la dimension préventive de la règle de responsabilité et de ne pas dénier cette réalité selon laquelle, *même sans faute* de l'exploitant, la faute du tiers n'aurait peut-être pas eu la même conséquence si elle ne s'était pas opérée dans la sphère d'une activité présentant un risque anormal dont la maîtrise incombait, *in fine*, à l'exploitant.

2. Les tempéraments de la canalisation édulcorée

957. La qualification du fait générateur. Si l'incertitude susceptible d'entourer l'applicabilité de la règle de responsabilité doit confirmer le droit d'action dont bénéficierait accessoirement la victime contre le tiers fautif⁴³⁵³, il se pourrait également que les victimes souffrent des vicissitudes de la souplesse de la règle de responsabilité et que, faisant face à l'incertitude de son applicabilité, elles engagent la responsabilité du tiers fautif au lieu et place de l'exploitant. Dans l'hypothèse où leurs actions seraient portées devant un tribunal non territorialement compétent, il appartiendrait à ce dernier, préjugant de l'applicabilité potentielle de la règle de responsabilité, de les débouter de leurs demandes en les invitant à réintroduire une instance sur le bon fondement, visant le bon responsable et devant le bon tribunal⁴³⁵⁴. Dans l'hypothèse où elles agiraient devant le tribunal civil territorialement compétent pour connaître de l'action en responsabilité contre l'exploitant, on pourrait néanmoins tempérer cette solution. L'erreur serait partielle et le juge considérant le droit d'action dont bénéficieraient les victimes à l'égard de l'exploitant, pourrait alors les inviter à le faire intervenir à la cause. Chose faite, le juge pourrait soulever d'office le moyen fondé sur la règle de responsabilité en raison de son caractère d'ordre public⁴³⁵⁵. L'intervention de l'exploitant à la cause permettrait de substituer les actions : l'action contre l'exploitant deviendrait principale et celle initialement introduite contre le tiers fautif deviendrait accessoire.

⁴³⁵³ Laquelle lui permettrait, en cas d'inapplication de la règle et de fondement contre l'exploitant, de toujours bénéficier d'une action contre le responsable. On retrouve ainsi ici la même sécurité qu'envisager lors de la détermination du tribunal compétent.

⁴³⁵⁴ Si l'on considère que la règle de compétence serait alors une règle d'ordre public comme supposée *supra* note 4286.

⁴³⁵⁵ Voy. *supra* note 4287.

958. L'identité de l'exploitant [*ratione materiae*]. En outre, il se pourrait, par-delà ces hypothèses, que les victimes ignorent tout simplement l'identité de l'exploitant, ce qui constituerait une situation plus problématique. Nous l'avons d'ailleurs déjà supposée, par le prisme de la problématique des sociétés mères, lors de l'établissement de l'appréhension *ratione materiae* de l'exploitant. En effet, si l'existence d'un lien d'imputation n'a pas à être prouvée, il reste nécessaire pour le demandeur d'identifier le débiteur à l'obligation de réparation que ledit lien ne désigne que de manière abstraite. Or quand la détermination de celui qui a la maîtrise d'une activité à risque peut déjà s'avérer complexe, mais non insurmontable, la situation est susceptible de se compliquer lorsque des activités à risque connaîtraient un « exploitant de droit », c'est-à-dire celui qui dispose de l'autorisation d'exploiter, susceptible de différer de celui qui avait véritablement le contrôle de l'exploitation, par exemple une société mère. La notion d'exploitation consacrée par la règle de responsabilité serait une notion autonome telle que le juge ne serait pas tenu par les effets d'une quelconque autorisation administrative. Il en résulterait néanmoins un risque d'incohérence au sein du régime et de confusion pour les victimes. En effet, les règles administratives encadrant ces activités font peser un certain nombre d'obligations de prévention sur l'exploitant de droit. Il est donc fort probable que l'exploitant de droit, quand bien même il n'aurait pas la maîtrise totale sur l'organisation, se verrait confier un certain pouvoir de contrôle sur l'activité susceptible de présumer de sa maîtrise sur l'activité⁴³⁵⁶.

Dans ce contexte, une solution pourrait se dessiner, inspirée à la fois de la responsabilité du fait des choses⁴³⁵⁷ et du concept de coexploitation entre exploitant de droit et exploitant de fait dégagé par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁴³⁵⁸. Ainsi, les victimes seraient autorisées à rechercher la responsabilité de l'exploitant de droit, qui serait présumé être exploitant de l'activité à risque jusqu'à preuve du contraire. Si ce dernier arrivait à démontrer qu'il partageait effectivement la maîtrise de l'activité avec un autre exploitant *ratione materiae*, ils seraient tous les deux condamnés *in solidum*. Cette solidarité imparfaite serait alors traitée peu ou prou de la même manière que pour le tiers fautif. S'il apparaissait, en revanche, que l'exploitant de droit n'était qu'un exploitant apparent, et que la maîtrise de l'activité incombait totalement à un autre, la solution apparaîtrait plus complexe. D'un côté, l'absence de maîtrise de l'exploitant de droit sur l'activité devrait conduire à l'exonérer de sa responsabilité – sauf à la retrouver sur un autre fondement. D'un autre côté, l'obligation alors faite aux victimes d'introduire une nouvelle instance contre l'exploitant *ratione materiae* à titre principal, s'avérerait véritablement dilatoire et complexifierait le contentieux⁴³⁵⁹. Dans ce contexte, le juge devrait être autorisé à enjoindre aux parties, victimes ou exploitant de droit défendeur, d'attirer à l'instance le véritable exploitant et devrait aussi pouvoir autoriser une substitution de partie principale⁴³⁶⁰.

⁴³⁵⁶ Voy. *Supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2, b.

⁴³⁵⁷ Voy. Cass. Civ. 2, 16 mai 1984, n°82-16.872, *Bull. civ. II*, n°86.

⁴³⁵⁸ Voy. en ce sens Cass. crim., 13 janvier 2015, *op. cit.* et *supra* Chapitre 1, Section 2, § 1, B, 2.

⁴³⁵⁹ Si cet exploitant *ratione materiae* se trouve domicilié dans un État différent, cela pourrait éventuellement conduire à modifier, en cas de litige transfrontalier, la compétence du juge territorialement compétent selon les règles de compétences usitées.

⁴³⁶⁰ Ce qui n'est normalement pas possible pour l'appel en garantie (sauf cas spécifique)

959. Conclusion du §. Au terme du premier temps de cette étude consacré au facteur qualitatif, il est apparu la difficulté que pourrait susciter la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant, lorsque celle-ci se trouverait concurrencée par celle d'un coresponsable. Pour cela, tant les difficultés substantielles que procédurales, identifiées ont conduit à une formulation de la règle de responsabilité *lato sensu* telle que la responsabilité de l'exploitant est celle qui serait recherchée en premier lieu. Rappelant dans une certaine mesure au principe de canalisation tel que consacré par le régime de responsabilité civile nucléaire, cette canalisation « édulcorée » doit néanmoins s'en différencier sur un point principal : elle n'aurait nul but d'éluder la responsabilité d'un éventuel coresponsable. Essentiellement procédurale, la mise en œuvre prioritaire de la responsabilité de l'exploitant apparaîtrait à la fois comme une garantie de réalisation des fonctions de la règle de responsabilité et un outil de simplification de la procédure, lequel permettrait de réaliser les propositions jusqu'alors formulées à cet endroit. Cela étant, nous avons également pu constater qu'une telle proposition n'apparaît pas sans limites, dont certaines constituent la contrepartie de la souplesse que nous avons souhaité conférer à la règle de responsabilité. L'incertitude alors susceptible d'entourer l'applicabilité de la règle de responsabilité ou d'affecter l'identification de l'exploitant responsable serait un facteur susceptible de mettre en échec le principe de cette canalisation édulcorée parce qu'elle orienterait les victimes à formuler leur demande sur le mauvais fondement ou vers le « mauvais » responsable. Certes, dans le cadre de la gestion des coresponsables, quelques solutions ont été proposées permettant de pallier ces difficultés. Il est néanmoins intéressant de souligner que cette caractéristique de la règle de responsabilité, qui en constitue dans le même temps sa force, a une nouvelle fois point comme une limite à la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant. Elle fonde en partie le *leitmotiv* du propos suivant et relatif à la seconde face du facteur quantitatif, et dernier soumis à l'étude : celui du nombre de victimes.

§ 2. Un évènement collectif : l'organisation de la réparation des dommages de masse

960. Enjeux de la question. Si la mise à l'épreuve du droit de la responsabilité civile par les dommages susceptibles de résulter d'une activité à risque, telles que les activités de fusion, est indissociable de celle du procès civil, c'est qu'il résulte de l'ensemble des facteurs jusqu'alors étudiés les difficultés que peuvent susciter ces dommages dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant. Cependant, une part des difficultés jusqu'alors identifiées se rejoignent autour d'un élément commun : celui selon lequel ces difficultés se trouveraient exacerbées chaque fois que la réalisation du risque aura entraîné un grand nombre de victimes, qu'elles soient simultanément ou successivement atteintes. À bien y regarder, qu'il s'agisse du risque de divergence de jurisprudence impliqué par un éclatement de la mise en œuvre de la responsabilité dans l'espace ou dans le temps, ou des difficultés économiques susceptibles de découler d'une instruction civile, le nombre de victimes potentielles est un facteur sous-jacent et aggravant des problématiques soulevées. Objet récurrent de toute étude relative à la réparation des dommages causés par une activité à risque, ou à tout le moins de tout fait susceptible de causer des dommages catastrophiques ou de masse, la question de la gestion procédurale du

nombre de demandes en réparation ne peut être évitée dans le cadre de cette thèse⁴³⁶¹. D'une part, le risque nucléaire de fusion constituerait potentiellement l'un de ces risques susceptibles d'entraîner des dommages diffus. D'autre part, les études récentes du Groupe de recherche européen sur la responsabilité et l'assurance en témoignent, tant on y retrouve résumées, en quelques mots, toutes les difficultés que notre étude a jusqu'alors mis en exergue :

« [I]e caractère collectif d'un évènement fait naître un contentieux de masse ; celui-ci présente des spécificités qui doivent être prises en compte par la procédure. Un tel contentieux est susceptible de générer de multiples procédures portant sur les mêmes faits : *les juridictions pourraient être engorgées et des décisions divergentes pourraient être rendues lorsque plusieurs sont saisies*. Il peut être judicieux, pour davantage d'efficacité, de tenir compte des spécificités du contentieux de masse dans le cadre processuel. L'existence d'une multitude de victimes peut-être une richesse : elle est susceptible de renforcer l'accès au juge lorsque le droit permet aux victimes de se regrouper pour mutualiser les coûts et avoir davantage de poids. *Cela permet en outre de solliciter des mesures d'instructions du type expertise* »⁴³⁶².

Il est aujourd'hui admis que la survenance d'un évènement collectif se traduisant par une pluralité de dommages issus d'un fait générateur unique révélerait les limites d'une responsabilité civile dont la théorie de l'action a été élaborée « dans une perspective libérale et individualiste »⁴³⁶³. Il s'agit de militer ici pour une réforme du droit processuel autorisant une centralisation efficace et pérenne de l'action permettant de conjuguer les intérêts individuels dans une action unique, laquelle ne peut ainsi appeler que la mise en place d'une action de groupe, inspirée du modèle anglo-saxon de la *class action*.

961. La limitation de l'étude à l'hypothèse de l'action de groupe. En effet, que la nature collective de la catastrophe puisse impulser la procédure civile afin que celle-ci fasse face au problème des dommages collectifs ou de masse ne signifie pas qu'il n'existe, même de lege lata, d'autres modes de résolutions procédurales des litiges impliquant un grand nombre de victimes. En droit français, comme dans les droits étrangers, l'action de groupe, telle que présentée ci-après, n'a pas l'exclusivité de la gestion des « accidents » collectifs. Il existe d'autres mécanismes dont la mise en œuvre permet une certaine centralisation du contentieux. C'est ainsi que nous avons déjà relevé l'avantage conféré par la jonction d'instances rendue possible par l'instauration d'un for unique⁴³⁶⁴. C'est ainsi également que d'aucuns font référence aux mécanismes qui autorisent certaines associations à demander réparation du préjudice individuel subi par leurs membres, en agissant soit le sur le fondement d'un

⁴³⁶¹ Voy. pour exemple A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 405 et ss ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 480 et ss ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 183 et ss.

⁴³⁶² M. REVERCHON-BILLOT, « Incidences processuelles du caractère collectif de l'évènement – Rapport de synthèse (Espagne, France, Italie et Québec) », Séminaire du GRERCA, 2019, p. 1.

⁴³⁶³ M. CAPELETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphose de la procédure civile) », *RIDC*, 1975, p. 571 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 406.

⁴³⁶⁴ Voy. *supra* § 924.

mandat de droit commun⁴³⁶⁵ soit par le mécanisme dit de la représentation conjointe⁴³⁶⁶. Cependant, ces deux séries de mécanismes, en sus d'avoir été l'objet de critiques par les auteurs en ayant abordée le fonctionnement, ne sauraient trouver qu'un intérêt relatif dans le cadre de notre étude⁴³⁶⁷. Reposant tous sur le principe d'une action collective de victimes déterminées et identifiées, ils supposent que ces dernières aient subis leurs dommages simultanément ou quasi-simultanément, comme en témoigne le mécanisme de la jonction d'instances⁴³⁶⁸. Ils n'autorisent pas à prendre en considération le risque des divergences résultant du facteur temporel ou du coût potentiel d'instructions successives, que les propositions formulées *supra* ne suffisent pas à éliminer. Or, s'il est une certitude, c'est que « les actions collectives permettent de réaliser trois types d'économie d'échelle : le coût pour le plaideur et le défendeur diminue, de même que le coût pour le système judiciaire et le coût pour la société »⁴³⁶⁹. Pour cela, sans qu'il nous soit permis d'en nier l'intérêt, ces mécanismes seront exclus du présent propos qui se limite à une étude du seul mécanisme susceptible de résoudre toutes les difficultés procédurales pouvant résulter de la réalisation du risque caractéristique d'une activité à risque, tel que le risque nucléaire de fusion : celui de l'action de groupe.

962. Plan. Pour cela, il convient de présenter la compréhension et les grandes lignes des modèles possibles de l'action (A.) avant d'envisager la forme qu'elle pourrait prendre dans le cadre du contentieux en responsabilité du fait des activités à risque (B.).

A. L'existence de divers modèles d'action de groupe

963. La définition générale de l'action de groupe. La première difficulté à laquelle on fait face quand on envisage la question de l'action de groupe est celle de sa compréhension. Comme le souligne Baptiste ALLARD et Jérémy JOURDAN-MARQUES, la notion est « de celles dont on sait instinctivement à quoi elles renvoient sans pour autant être en mesure d'en apporter une définition »⁴³⁷⁰. Les synonymes utilisés sont nombreux entre action collective, *class action*, action de classe et peuvent renvoyer à des réalités diverses. La *class action* est une forme d'action de groupe et l'action de groupe n'est qu'une forme de l'action collective. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans leurs détails, il s'agit ainsi à l'instar des auteurs suscités de reconnaître que l'action de groupe constitue « l'action introduite par un

⁴³⁶⁵ Voy. sur cette action à l'existence quoique douteuse : N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, 2021, §§ 411-417 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., pp. 61-64 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., pp. 190-193 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 408 ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 185-187 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité*, op. cit., pp. 485-486.

⁴³⁶⁶ Voy. sur cette action N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021, § 468 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., pp. 47-48 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., pp. 259-261 ; L. CADIEU, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 347-348 ; L. CADIEU, « Illusoire renforcement du droit des actions de groupe ? », *JCP* 1992. I. 3587 ; L. BORÉ, « L'action en représentation conjointe. *Class action* française ou action mort-née ? », *D.* 1995, chron. 267 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 409-414 ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 187-191 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 486-487.

⁴³⁶⁷ Voy. ainsi les critiques sur ces trois mécanismes (connexité, mandat commun et représentation conjointe) dans le cadre des activités à risque, catastrophe et dommages de masse : A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, op. cit., pp. 406-414 ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., pp. 183-191 ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitants une activité à risque*, op. cit., pp. 484-487.

⁴³⁶⁸ Voy. *supra* § 924.

⁴³⁶⁹ M. DORIAT-DUBANT, « Peut-on théoriser les actions collectives d'indemnisation ? », Concertation interrégionales de l'aide aux victimes – première concertation sur la prise en charge des victimes d'accident collectifs et la coopération européenne, jeudi 20 janvier 2005, Conseil de l'Europe Strasbourg cité par C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, op. cit., p. 185.

⁴³⁷⁰ B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *Répertoire de procédure civile*, 2021, § 1.

représentant pour le compte de toute une classe de personnes ayant des droits identiques ou similaires à faire valoir en justice et aboutissant au prononcé d'un jugement ayant autorité de chose jugée à l'égard de tous les membres de cette classe »⁴³⁷¹.

Permettant « à un individu ou à un groupement d'agir au nom d'un ensemble d'individus inorganisés ou inconnus au moment où l'action est engagée »⁴³⁷² afin d'obtenir l'indemnisation de chacun selon les modalités et les limites prévues par la loi⁴³⁷³, l'action de groupe repose en toute hypothèse sur deux piliers : l'action est l'œuvre d'un représentant ayant vocation à assurer la défense des intérêts individuels des membres d'un groupe. Réunissant dans son giron les demandes de tout le groupe, l'action du représentant vaut pour les membres du groupe en remplaçant les actions individuelles que ceux-ci auraient pu engager séparément, avec cette particularité que les membres du groupe n'ont pas été précisément et préalablement identifiés. En réduisant les frais inhérents à une action en justice, lesquels seraient susceptibles de décourager des victimes isolées, ces actions de groupes permettent ainsi d'éviter des décisions contradictoires, issues de juridictions différentes pour des faits similaires. Utilisée dans de nombreux droits étrangers⁴³⁷⁴, l'action de groupe est souvent reconnue pour son efficacité en droit américain et surtout en droit québécois⁴³⁷⁵. Longtemps ignorée du droit français, elle ne lui est plus inconnue depuis peu. Cela étant, si ce dernier a pu céder à sa tentation, il s'est éloigné des modèles qui sont ceux des droits de *Common law*.

964. Plan. Sans entrer dans le détail de ces actions, il faut envisager les différences entre ces deux modèles de *Common law* (1.) et celui du droit français (2.).

1. Les caractéristiques de l'action de groupe américaine et québécoise

965. Un domaine d'intervention large. Sans être rigoureusement identiques, la *class action* américaine et le recours collectif québécois présentent des caractéristiques justifiant de pouvoir les évoquer ensemble⁴³⁷⁶. La première est celle relative à leur domaine d'application qui, à la différence du droit français, est relativement large. D'une part, l'action de groupe peut y être exercée dans de multiples domaines car aucune limitation n'est sur ce point préétablie, dans ce sens qu'elle ne trouve aucune limite sectorielle, indépendamment des règles spécifiques susceptibles d'être applicables à certains domaines. Ainsi, dans ces deux droits, les dispositions pertinentes limitent simplement l'utilisation de cette action à des situations dans lesquelles les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de faits identiques et que la composition du groupe ainsi représenté rend difficile de recourir

⁴³⁷¹ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 193.

⁴³⁷² D. MAINGUY, « L'introduction en droit français des *class actions* », *LPA* 2005, n° 254, p. 6, § 2.

⁴³⁷³ E. RASKIN, « L'action de groupe », *RJC* 2013, vol. 6, p. 464.

⁴³⁷⁴ Voy. sur une analyse de droit comparé de l'action de groupe : B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, §§ 6-33 ; M. REVERCHON-BILLOT, « Incidences processuelles du caractère collectif de l'évènement – Rapport de synthèse (Espagne, France, Italie et Québec), Séminaire du GRERCA 2019, pp. 8 et ss ; J.-M. BAUDEL, J. FOURVEL (dir.), *Les recours collectifs : études comparées*, Paris, Société de Législation comparée, 2006, 145 p. ; S. BRUNENGO-BASSO, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, thèse, Aix-Marseille Université, 2009, pp. 120 et ss ; L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, *op. cit.*, pp. 490 et ss.

⁴³⁷⁵ Voy. en ce sens M. REVERCHON-BILLOT, « Incidences processuelles du caractère collectif de l'évènement – Rapport de synthèse (Espagne, France, Italie et Québec) », *op. cit.*, pp. 8 et ss ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 414 et ss.

⁴³⁷⁶ Voy. sur ces actions prises séparément : B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 7-19, 20-21 ; S. E. FINN, *L'action collective au Québec*, Edition Yvon Blais, 2016, 213 p. ; S. AMRANI-MEKKI, « L'action collective québécoise. Regard (envieux) d'un processualiste français », *RIDC*, 2016, n°68-2, pp. 341-355 ; W. TORCHIANA, « Expérience nationale : Les États-Unis » in *Les recours collectifs : études comparées*, Paris, Société de Législation comparée, 2006, pp. 139 et ss ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masses et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 414-421

aux autres mécanismes d'action collective, tels que la jonction d'instances⁴³⁷⁷. C'est ainsi qu'elle a trouvé, notamment en droit américain, un large champ d'application dans le droit de la responsabilité civile où elle a été mobilisée dans des contentieux ne nous étant pas inconnus tel que ceux relatifs à l'amiante ou au Distilbène, mais plus encore dans le cas de catastrophes aériennes⁴³⁷⁸. D'autre part, l'action de groupe peut être à l'initiative de tout un chacun. Prévoyant une procédure dite « représentative »⁴³⁷⁹, le droit québécois précise ainsi que la personne à l'initiative de l'action doit être membre du groupe et être en mesure de représenter ses membres « adéquatement » et il en résulte une autorisation préalable du juge à l'exercice du recours. Cependant, il n'encadre pas cette possibilité d'action en amont, laquelle ne nécessite en sus aucune autorisation des membres du groupe⁴³⁸⁰. Il en va peu ou prou de même pour le droit américain où l'action de groupe apparaît également comme l'action introduite « par un *représentant* pour le compte de toute une classe »⁴³⁸¹. Le demandeur représentant doit donc simplement démontrer sa capacité à « *fairly and adequately protect the interests of the class* »⁴³⁸², lequel implique notamment la capacité financière à assumer le coût du procès⁴³⁸³. En réalité, ce rôle est dévolu aux avocats qui ont pour mission de défendre les intérêts de tous les membres, et qui se voient transférer ce pouvoir de représentation du groupe, si bien que l'abandon du demandeur principal ne met pas fin à l'action⁴³⁸⁴.

966. Une procédure d'opt-out en deux phases. Dans ces deux droits, la procédure se déroule ensuite en deux phases. Dans un premier temps, le demandeur à l'action doit obtenir l'autorisation d'exercer l'action. Le juge doit ainsi apprécier sa capacité à représenter le groupe mais également l'opportunité de son action. Cette étape constitue une forme de certification ou d'appréciation de recevabilité de l'action. En droit américain, le juge pourra ainsi s'assurer que les conditions en termes de nombre de membres, de caractère commun des demandes et des situations juridiques, de qualité de la représentation et d'intérêt de l'action sont bien remplies. Dans le cadre d'une action en réparation, le juge doit s'appuyer sur le grand nombre de victimes et sur l'existence de deux circonstances possibles : le risque qu'emporterait des actions distinctes entraînant des décisions incohérentes ou variables, ou le fait que les points de droits ou de faits communs aux membres du groupe l'emportent sur tout autre point ne concernant individuellement que des membres du groupe pour parvenir à une solution

⁴³⁷⁷ Voy. *Federal Rules of Civil Procedure*, art. 23.a) ; *Code de procédure civile Québécois*, art. 575 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, §§ 9, 21 ; S. BRUNENGO-BASSO, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, *op. cit.*, pp. 129 et ss, 153 et ss ; M. REVERCHON-BILLOT, « Incidences processuelles du caractère collectif de l'évènement – Rapport de synthèse (Espagne, France, Italie et Québec) », *op. cit.*, p. 8 ; C. DE PERTHUIS, « L'action collective à la française : Étude de droit comparé entre le droit français et le droit américain », *LPA*, n°60, 2014, p. 21 et ss.

⁴³⁷⁸ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masses et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 416-417 ; ; L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 357 et ss.

⁴³⁷⁹ S. BRUNENGO-BASSO, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, *op. cit.*, p. 155 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 21.

⁴³⁸⁰ Voy. *Code de procédure civile québécois*, art. 571, 574 ; S. AMRANI-MEKKI, « L'action collective québécoise. Regard envieux d'un processualiste français », *op. cit.*, p. 347 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 21 ; S. BRUNENGO-BASSO, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, *op. cit.*, p. 155.

⁴³⁸¹ L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, p. 357.

⁴³⁸² *Federal Rules of Civil Procedure*, art. 23.a.

⁴³⁸³ Voy. S. BRUNENGO-BASSO, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, *op. cit.*, pp. 133-136.

⁴³⁸⁴ Voy. *Federal Rules of Civil Procedure*, art. 23.g ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, §§ 9-10 ; C. DE PERTHUIS, « L'action collective à la française : Étude de droit comparé entre le droit français et le droit américain », *op. cit.*, p. 21.

efficace et équitable⁴³⁸⁵. Il en va de même dans la procédure québécoise, où le juge doit vérifier la capacité du représentant à représenter adéquatement le groupe, que les demandes justifient cette action et que les recours des membres soulèvent bien des questions de droits ou de faits identiques, similaires ou connexes⁴³⁸⁶. Comme le souligne Anne GUÉGAN-LÉCUYER, cela sera souvent le cas « lorsque les dommages qu'ils subissent même s'ils diffèrent dans leurs montants, sont de même nature et issus d'une même cause »⁴³⁸⁷. À la différence du juge américain, le juge québécois est tenu d'apprécier la validité de l'action eu égard au caractère sérieux des moyens soulevés, les « faits allégués » devant paraître « justifier les conclusions recherchées »⁴³⁸⁸. Le cas échéant, l'action sera considérée comme une action de classe. Cela signifie que le jugement qui s'en suivra, et dont les contours auront été déterminés par le juge, aura autorité de la chose jugée à l'égard de personnes qui n'étaient pas parties à la procédure, mais qui font partie du groupe dont le juge aura, au terme de ce premier examen, déterminé les spécificités.

Lorsqu'il décide d'autoriser l'action de groupe, le juge va en effet déterminer les éléments sur lesquels il va se prononcer collectivement – par exemple, le fait générateur de responsabilité – mais également les personnes susceptibles d'y être représentées à partir de la définition des questions de fait ou de droit qui se posent à l'ensemble du groupe. Il va également fixer les conditions dans lesquelles ces personnes doivent être averties de cette action et les conditions dans lesquelles elles peuvent s'en retirer⁴³⁸⁹. C'est là qu'apparaît toute la spécificité de ces deux recours ayant fait le choix d'une procédure dite de « *opt-out* » qui s'applique par défaut aux membres du groupe, sauf à ce que ceux qui ne souhaitent pas être concernés décident de s'en retirer dans les conditions prévues par la décision préalable. Dit autrement, dans un cas de responsabilité, toutes les victimes potentielles sont automatiquement incluses dans l'action de groupe, si bien que le jugement rendu a force de chose jugée à leur égard et qu'elles ne pourront, par la suite, engager un recours personnel. Il en résulte, réciproquement, que n'importe quelle victime répondant aux critères dégagés par le juge peut réclamer le paiement de ses dommages et intérêts, alors même qu'elle n'a pas été partie à la procédure, voire mise au courant de l'existence de l'action. Certes, cela peut compliquer le jeu de la réparation. Aussi, le juge dispose d'un pouvoir lui permettant d'adapter les modalités de la réparation. À l'issue du jugement, soit le tribunal ne statue que sur la responsabilité – autrement dit le fait générateur – et renvoie sur les réclamations individuelles⁴³⁹⁰, soit il fixe le montant global de l'indemnisation qui sera

⁴³⁸⁵ Voy. *Federal Rules of Civil Procedure*, art. 23.a et b, sp. 23.b.3 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 10 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 414-415 ; F. LAROCHE-GISSEROT, « Les *class actions* américaines », *LPA* 2005, n° 115, pp. 7 et ss ; S. BRUNENGO-BASSO, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, *op. cit.*, pp. 136 et ss ; L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, p. 364.

⁴³⁸⁶ Voy. *Code de procédure civile québécois*, art. 575.

⁴³⁸⁷ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 418 ; L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, p. 381.

⁴³⁸⁸ Voy. *Code de procédure civile québécois*, art. 575.2. ; M. REVERCHON-BILLOT, « Incidences processuelles du caractère collectif de l'évènement – Rapport de synthèse (Espagne, France, Italie et Québec) », *op. cit.*, p. 13 soulignant qu'en pratique néanmoins, les tribunaux optent généralement pour une approche libérale, et bien souvent ce sont les actions frivoles qui se trouvent rejetées à ce stade préliminaire.

⁴³⁸⁹ Voy. *Federal Rules of Civil Procedure*, art. 23.b.3 et 23.c ; *Code de procédure civile québécois*, art. 576, 579 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 11 ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 415, 419 ; M. REVERCHON-BILLOT, « Incidences processuelles du caractère collectif de l'évènement – Rapport de synthèse (Espagne, France, Italie et Québec) », *op. cit.*, p. 13.

⁴³⁹⁰ *Code de procédure civile québécois*, art. 599 et ss ; A. BOIDEAU, M. MARTIN, L. MOLIN, « La *class action* française : entre transposition et adaptation », *Les cahiers de Portalis*, vol. 2, 2015, p. 116.

partagée entre les membres du groupe⁴³⁹¹. C'est alors une double question qui se pose : celle, d'une part, du règlement de la réparation individuelle des dommages et celle, d'autre part, de l'évaluation des sommes dues par le responsable. Ces deux opérations sont liées en raison de l'*opt out*, car la dette globale du responsable ne correspond pas nécessairement à l'addition des créances individuelles des membres du groupe ayant manifesté leur volonté d'être indemnisés en application du jugement⁴³⁹². Dans cette hypothèse dite « de recouvrement collectif » en droit québécois, le juge présume du montant de la réparation et l'évalue même si certaines victimes ne sont pas connues. Il est donc possible qu'il subsiste un reliquat⁴³⁹³. Cependant, le juge dispose une nouvelle fois d'une certaine liberté à l'égard de la somme ainsi « confisquée », qu'il ne saurait être question de rendre au responsable et qu'il peut utiliser à diverses fins en les reversant à des associations ou fondations charitables. En droit québécois, ce reliquat doit être en partie reversée au *Fonds d'aide aux actions collectives*, qui aide à financer les frais inhérents à une action collective⁴³⁹⁴. La solution peut être critiquable, voire s'apparenter à des dommages et intérêts punitifs – que n'exclut d'ailleurs pas les droits de *Common law*. Il en reste néanmoins l'idée de réparation : « le calcul des sommes dues par le défendeur s'opère malgré tout en référence aux préjudices causés par lui, l'objectif de réparation reste présent et prend simplement une forme originale qui peut être rapprochée de la réparation d'un préjudice à un intérêt collectif »⁴³⁹⁵. Un tel choix de procédure n'est pas celui du droit français.

2. Les caractéristiques de l'action de groupe française

967. Un champ d'application et un droit d'initiative limité. Si le domaine de l'action de groupe apparaît limité en droit français, c'est qu'il faut bien comprendre que cette action s'est longtemps inscrite en contradiction avec les principes de notre droit. Depuis la fin des années 80, plusieurs tentatives ont été formulées pour introduire une action de groupe en droit français⁴³⁹⁶. Ces propositions se sont régulièrement vu opposer les idées selon lesquelles un tel mécanisme se heurterait au principe d'individualité des litiges voulant que le juge civil ne soit tenu d'aucun pouvoir réglementaire en vertu de l'article 5 du Code civil⁴³⁹⁷. De plus, l'action de groupe aurait porté atteinte au principe d'égalité des armes⁴³⁹⁸, à celui de la relativité de l'autorité de chose jugée⁴³⁹⁹, ou encore au

⁴³⁹¹ Cela n'est pas nécessairement automatique, et dépend en réalité des circonstances : voy. *Code de procédure civile québécois*, art. 596 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 17

⁴³⁹² Voy. B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 16

⁴³⁹³ Voy. *Code de procédure civile québécois*, art. 595, 596, 597 ; M. REVERCHON-BILLOT, « Incidences processuelles du caractère collectif de l'évènement – Rapport de synthèse (Espagne, France, Italie et Québec) », *op. cit.*, p. 13.

⁴³⁹⁴ M. REVERCHON-BILLOT, « Incidences processuelles du caractère collectif de l'évènement – Rapport de synthèse (Espagne, France, Italie et Québec) », *op. cit.*, p. 13 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 21.

⁴³⁹⁵ Voy. B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 17.

⁴³⁹⁶ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 421 et ss ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, *op. cit.*, p. 192.

⁴³⁹⁷ Voy. S. CABRILLAC, « Pour l'introduction de la *class action* en droit français », *LPA*, vol. 165, 2006, p. 4, § 10 ; M-A. FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *Class action* : obstacles et compatibilités », *LPA*, vol. 115, 2005, p. 22, § 10 ; D. HOUTCIEFF, « Les *class actions* devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA*, vol. 115, 2005, p. 42 et B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 41.

⁴³⁹⁸ Voy. S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », *D.*, 2005, p. 2180 ; S. CABRILLAC, « Pour l'introduction de la *class action* en droit français », *op. cit.*, § 21 ; M-A. FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *Class action* : obstacles et compatibilités », *op. cit.*, § 32 ; D. HOUTCIEFF, « Les *class actions* devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *op. cit.* et B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 39.

⁴³⁹⁹ Voy. sur cette question B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 42 ; S. CABRILLAC, « Pour l'introduction de la *class action* en droit français », *op. cit.*, § 13.

fait qu'on ne saurait, en droit français, admettre qu'autrui puisse plaider par procureur⁴⁴⁰⁰. Pourtant, le législateur a fini par céder à cette tendance et l'action de groupe a été créée par la loi dite « Hamon »⁴⁴⁰¹ aux fins de réparation des « préjudices individuels [et patrimoniaux résultant de dommages matériels⁴⁴⁰²] subis par des consommateurs placés dans une situation similaires ou identique et ayant pour causes commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales [...] ou contractuelles »⁴⁴⁰³. Elle a ensuite été étendue à d'autres domaines par la loi « Justice du XXI^{ème} siècle » de 2016⁴⁴⁰⁴ qui, tout en étendant l'action de groupe au droit administratif, a permis la consécration d'une action dite de droit commun, laquelle trouve désormais sa place dans le *Code de procédure civile*⁴⁴⁰⁵. Pour autant qu'elle soit appelée de « droit commun », cette action de groupe ne trouve qu'une application limitée et complexe. *A priori* limitée à la cessation de manquement et/ou la réparation de dommages subis par plusieurs personnes mais résultant d'une faute⁴⁴⁰⁶, elle ne peut, d'une part, avoir lieu que dans des domaines substantiellement énumérés que sont la lutte contre la discrimination, la protection de l'environnement, les dommages subis par les usagers du service de santé et les atteintes relatives au traitement des données personnelles⁴⁴⁰⁷. Chacune de ces actions obéissant à ses propres règles, force est de constater que la recherche d'un droit commun s'avère « infructueuse »⁴⁴⁰⁸, justifiant que nous ne puissions ici qu'en relever le modèle général. D'autre part, sa mise en œuvre se trouve également encadrée par le fait que le droit de l'initier n'est pas dévolu à tous. Pour chacune de ces actions, qu'elles relèvent du « droit commun » ou du droit spécial de la consommation, l'initiative appartient toujours soit à un syndicat, soit à une association agréée, bien qu'il s'agisse là de défendre des intérêts individuels et non collectifs. Le but est d'éviter un éparpillement des contentieux ou des abus de procédure⁴⁴⁰⁹. Il en résulte néanmoins une distorsion importante de notre droit. L'action est exercée par l'association en son nom propre, laquelle ne représente pas les victimes qui ne sont pas parties à l'instance, mais qui bénéficieront toutefois de l'effet substantiel du jugement en responsabilité ainsi rendu⁴⁴¹⁰. Cela est dû, pour partie, au fait que le droit français n'a pas opté pour la technique de l'*opt-out*, mais pour celle de l'*opt-in*⁴⁴¹¹.

968. Une procédure en deux étapes impliquant un système d'*opt-in*. Au terme de la procédure de « droit commun » de l'action de groupe française, dont on ne fait que tracer le modèle, il est en effet

⁴⁴⁰⁰ Voy. F. CABALERRO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme juridique à l'action de groupe », *RTD civ*, 1985, p. 247 ; S. CABRILLAC, « Pour l'introduction de la *class action* en droit français », *op. cit.*, § 17 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 37.

⁴⁴⁰¹ Voy. *Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, *JORF*, n°0065, 18 mars 2014.

⁴⁴⁰² Voy. *Code de la consommation*, art. L. 623-2.

⁴⁴⁰³ *Code de la consommation*, art. L. 623-1.

⁴⁴⁰⁴ Voy. *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016.

⁴⁴⁰⁵ Voy. *Code de procédure civile*, art. 848 et ss.

⁴⁴⁰⁶ Voy. *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, *op. cit.*, art. 62 et relevant l'ambiguïté du texte S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁴⁰⁷ Voy. *Code de procédure civile*, art. 848.

⁴⁴⁰⁸ B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 108.

⁴⁴⁰⁹ Voy. *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, *exposé des motifs*, titre V.

⁴⁴¹⁰ Voy. CC, n°2014-690 DC, 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, *JORF*, 18 mars 2014, p. 5450 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, p. 51 ; H. CROZE, « Un droit commun de l'action de groupe », *Procédures*, 2017, étude 4. Cela n'a d'ailleurs pas été sans susciter l'interrogation eu égard à l'effet de chose jugée qui pourrait résulter du jugement ainsi rendu à l'égard des membres du groupe : voy. E. Jeuland, « Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G*, 2017, doctr. 354 et déjà sur cette question S. CABRILLAC, « Pour l'introduction de la *class action* en droit français », *op. cit.*, § 13.

⁴⁴¹¹ Considérant que la question de partie à l'instance peut également soulever des questionnements dans le cas de la technique de l'*opt-out* : S. AMRANI-MEKKI, « L'action collective québécoise. Regard (envieux) d'un processualiste français », *op. cit.*

différentes étapes. D'abord, l'association ou le syndicat à l'initiative de l'action va mettre en demeure le responsable potentiel en lui enjoignant de mettre fin aux manquements ou de réparer les préjudices subis⁴⁴¹². L'action de groupe ne peut ensuite être engagée qu'au terme d'un délai de quatre mois à compter de la réception de cette mise en demeure, soit devant le tribunal du défendeur, soit devant le tribunal judiciaire de Paris⁴⁴¹³. L'assignation se fait selon une forme classique, avec cette nuance qu'elle doit, à peine de nullité, exposer des cas individuels au soutien de l'action du demandeur⁴⁴¹⁴. Ces cas serviront au juge pour statuer sur la demande. Si un nombre précis n'est pas requis, ils doivent néanmoins être suffisamment bien choisis et représentatifs du groupe qui est *in fine* représenté. Le dossier sera ensuite instruit selon la procédure écrite ordinaire⁴⁴¹⁵, c'est-à-dire avec l'intervention du juge de la mise en état qui y dispose de tous ses pouvoirs. Si ce dernier ne peut être habilité à examiner la pertinence des cas présentés⁴⁴¹⁶, ce qui interroge au demeurant sur l'efficacité de la procédure⁴⁴¹⁷, il peut exercer tous ses pouvoirs d'instruction, et les parties sont encore tenues d'apporter la preuve des faits qu'elles allèguent⁴⁴¹⁸. Lorsque l'action de groupe tend à la réparation des préjudices, il est rendu un jugement statuant sur la responsabilité, dont il serait en réalité plus exact de dire qu'il statue sur l'existence du fait générateur imputable au défendeur⁴⁴¹⁹.

Le droit d'action de l'association lui permet d'obtenir du juge qu'il définisse le groupe de personnes à l'égard desquelles la « responsabilité » du défendeur est engagée en fixant les critères de rattachement, les préjudices qui pourront être réparés pour chacune des catégories constituant le groupe, les délais pour adhérer à celui-ci, et surtout les mesures de publicité à la charge du défendeur qui permettent cette adhésion. À ce stade, le groupe « représenté » est effectivement non personnalisé et composé de personnes non individualisées. La publicité est donc une étape essentielle. Elle permet la constitution du groupe et donc aux victimes le composant de se prévaloir du jugement définitif en « responsabilité » rendu⁴⁴²⁰. Ainsi, suivant la technique de *l'opt-in*, toute personne souhaitant obtenir le bénéfice de la chose jugée peut adhérer au groupe et formuler une demande en réparation dans les conditions fixées par le juge⁴⁴²¹. Cette adhésion est cependant susceptible de changer selon les modalités de liquidation de la réparation⁴⁴²². La loi prévoit deux modes de liquidation de la réparation, collectif ou individuel, mais sans véritablement en préciser les contours⁴⁴²³. Pour n'en retenir que les grandes lignes, la liquidation collective serait possible chaque

⁴⁴¹² Voy. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, exposé des motifs, art. 64 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, §§ 222-231 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile, op. cit.*, p. 1493.

⁴⁴¹³ Voy. Code de procédure civile, art. 899.

⁴⁴¹⁴ Voy. Code de procédure civile, art. 849-1 ; M. J. AZAR-BAU, « Action de groupe », *JCL Procédure civile*, fasc. 600, 2021, §§ 57-60.

⁴⁴¹⁵ Voy. Code de procédure civile, art. 849-2 ; M. J. AZAR-BAU, « Action de groupe », *op. cit.*, § 61.

⁴⁴¹⁶ Voy. Cass. civ. 1, 27 juin 2018, n° 17-10.891, *Bull. civ. I*, n°118.

⁴⁴¹⁷ Voy. M. J. AZAR-BAUD, « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives. Revue de presse », *JCP E*, 2018, p. 1637, § 50.

⁴⁴¹⁸ Voy. M. J. AZAR-BAU, « Action de groupe », *op. cit.*, § 58.

⁴⁴¹⁹ S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile, op. cit.*, p. 51.

⁴⁴²⁰ Pour ne pas porter atteinte à la réputation du défendeur : voy. M. J. AZAR-BAU, « Action de groupe », *op. cit.*, § 85.

⁴⁴²¹ Voy. Code de procédure civile, art. 849-14.

⁴⁴²² Voy. Code de procédure civile, art. 849-14. Ainsi, lorsque la liquidation du préjudice est individuelle, ce qui devrait a priori être le cas chaque fois qu'une réparation identique des membres du groupe est impossible, la victime, si elle doit informer le demandeur, peut formuler son adhésion et sa demande en réparation auprès tant du demandeur que du responsable. Lorsque la liquidation du préjudice est collective, sa demande d'adhésion ne peut s'opérer qu'auprès du demandeur.

⁴⁴²³ Ce qui a pu susciter les interrogations de la doctrine : voy. B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, §§ 63 et ss.

fois que le montant des préjudices subis est connu lors de la déclaration du jugement sur la responsabilité ou que ces derniers peuvent être forfaitisés. Impliquant que la victime adhère au groupe en se déclarant auprès de l'association ou du syndicat demandeur, elle donne mandat à l'association pour la représenter en justice mais également pour lui obtenir indemnisation⁴⁴²⁴. Cette indemnisation doit normalement avoir lieu au terme d'un accord conclu entre le responsable et l'association ayant fait l'objet d'une homologation par le juge⁴⁴²⁵. Quant à la liquidation individuelle, elle serait à privilégier chaque fois qu'une réparation identique des victimes apparaît impossible et que les dommages subis appellent une individualisation, ou que la liquidation collective a échoué⁴⁴²⁶. Comme la liquidation collective, sa mise en œuvre n'apparaît pas claire eu égard aux moyens par lesquels la victime peut fixer le montant de sa réparation ou obtenir réparation auprès du responsable. Elle n'est pas claire non plus sur le rôle que le demandeur est amené à jouer, dès lors que la victime, par suite du refus du responsable de procéder à la réparation, est en mesure de saisir le juge⁴⁴²⁷.

On peut certainement attribuer le prix de ces incertitudes à la jeunesse de ce mécanisme dont on n'a pas encore eu l'occasion d'expérimenter les potentiels mérites et aux spécificités qui entourent sa mise en œuvre dans chacun des domaines qu'elle vise⁴⁴²⁸. Pourtant, il n'est nul besoin de s'y attarder davantage. En effet, cette action ne serait pas applicable à la mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant d'une activité à risque, telle une activité de fusion nucléaire, ne serait-ce qu'en raison de sa propension à viser des responsabilités fondées sur « un manquement ». Pour autant, le mécanisme reste intéressant, et cela qu'il prenne la forme du système connu en droit de *Common law* ou de celui connu en droit français. Pour cela, si nous pensons qu'une action de groupe peut trouver intérêt dans le cadre notre étude, c'est qu'il faut apprécier la mesure dans laquelle il est de l'y adapter.

B. L'opportunité d'une action de groupe remodelée

969. L'opportunité relative de l'action de groupe *de lege lata*. Après examen du mécanisme de l'action de groupe, il n'est à pas douter que ce dernier présente un fort potentiel en matière d'activités à risque. Facilitant l'accès au juge des victimes nombreuses d'un fait générateur unique, en leur permettant de ne pas supporter, seules, les frais d'une procédure complexe, l'action de groupe autorise également une centralisation du contentieux dont il n'est pas nécessaire de rappeler l'opportunité à ce stade de l'étude, que ce soit en termes de sécurité juridique, d'équité ou d'économie.

⁴⁴²⁴ Voy. B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 322 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile, op. cit.*, p. 1496.

⁴⁴²⁵ Voy. B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 319 ; M. J. AZAR-BAUD, « Variations autour du régime de l'action de groupe », *op. cit.*, § 22 : Comme le premier cas, il emporte de nombreuses interrogations. Alors que la loi semble prévoir que ce mode de liquidation suppose une négociation post jugement entre le demandeur à l'action et le défendeur qui doit par suite être homologuée par le juge, ce dernier serait également autorisé à fixer le montant de cette réparation ou les éléments permettant l'évaluation des préjudices dans le jugement en responsabilité, ce qui tend donc à questionner sur l'objet véritable de cette négociation. De plus, cette liquidation collective questionne sur le fait que les victimes puissent adhérer au groupe avant l'homologation de l'accord d'indemnisation, c'est à dire avant même de connaître le montant de leurs indemnités.

⁴⁴²⁶ Voy. M. J. AZAR-BAUD, « Action de groupe », *op. cit.*, §§ 85, 91 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile, op. cit.*, p. 1496 ; E. JEULAND, « Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *op. cit.*

⁴⁴²⁷ B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, sp. § 330 ; M. J. AZAR-BAUD, « Action de groupe », *op. cit.*, § 91.

⁴⁴²⁸ Le bilan reste néanmoins relativement décevant jusqu'à maintenant : voy. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe présenté M. Philippe GOSSELIN et Mme Laurence VICHNIEVSKY*, rapport n°3085, 11 juin 2020 ; sp. pp. 13 et ss ; M. LARTIGUE, « Action de groupe à la française : le bilan est décevant », *Gaz. Pal.*, 30 juin 2020, n°24, p. 7 ; M. J. AZAR-BAUD, « Action de groupe », *op. cit.*, §§ 93 et ss ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, §§ 74-75.

Est-ce à dire pour autant que l'action de groupe, suivant les modèles que nous venons de décrire, est apte à satisfaire toutes les exigences du contentieux en responsabilité du fait des activités à risque ? Ce n'est pas sûr. Dans les deux mécanismes, certains éléments apparaissent insuffisants à résoudre certaines difficultés quand d'autres sont la source d'un potentiel certain. Aussi, il ne s'agit pas de s'attarder sur les détails qui ne sont susceptibles que de développements succincts. Dans le cadre d'une action de groupe du fait des activités à risque, l'essentiel des propositions que nous avons jusqu'alors formulées doivent rester valable, notamment le fait que l'action de groupe aurait vocation à s'appliquer à la réparation des dommages en application de la règle de responsabilité, qu'elle pourrait trouver exercice devant le tribunal du lieu du fait générateur, et qu'elle impliquerait une action exercée prioritairement à l'encontre de l'exploitant, sans préjudice de la possibilité de mettre en cause un tiers fautif⁴⁴²⁹.

970. Plan. Il faut simplement identifier les points nous paraissant, au vu des modèles exposés, emporter l'interrogation : l'accès au procès de ces victimes (1.), la prise en considération de leur préjudices tardifs (2.) et la prise en considération des dommages transfrontières (3.).

1. L'accès des victimes immédiates à la procédure

971. La faible place laissée aux victimes dans l'action de groupe française. Sur un point, le mécanisme de l'action de groupe à la française emporte la frustration. L'association agréée étant à l'initiative de la procédure et seule partie à l'instance visant à déclarer la responsabilité (*id.* l'existence du fait générateur), les mesures de publicité n'interviennent qu'après le rendu de ce jugement. On comprend que le droit français n'ait pas souhaiter se calquer sur le modèle américain, en conférant cette initiative à un individu *lambda*, et surtout à son avocat, dès lors que cela aurait impliqué de revoir l'interdiction du démarchage pour les avocats et questionner les modalités de sa rémunération⁴⁴³⁰. Au fond, ce n'est donc pas tant le droit d'initiative qui questionne : il ne nous paraît pas un obstacle prépondérant et pourrait d'ailleurs être l'objet de modifications aisées⁴⁴³¹. De même, on peut comprendre que l'association soit seule partie à l'instance afin de ne pas alourdir une procédure par une pluralité de parties, alors qu'un tiers fautif pourrait déjà être potentiellement appelé à la cause. En revanche, nous émettons plus de doutes sur le fait que le jugement sur la responsabilité soit rendu avant que des mesures de publicité ne soient entreprises ou, à tout le moins, avant que l'on y soit tenu⁴⁴³². Il est regrettable que les victimes potentielles se trouvent exclues de cette phase du procès, par-delà celles qui, constitutives des cas individuels présentés par l'association, pourraient être appelées à y prendre part⁴⁴³³, ou par-delà la possibilité (ouverte ?) qu'une victime intervienne

⁴⁴²⁹ Cela pourrait en réalité dépendre si l'intervention du tiers vaut pour toutes les victimes ou pas, auquel cas sa mise en cause sera reléguée au stade d'une action récursoire limitée.

⁴⁴³⁰ Voy. S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », *op. cit.*

⁴⁴³¹ Voy. en ce sens d'un élargissement de l'initiative de l'action de groupe ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe présenté M. Philippe GOSSELIN et Mme Laurence VICHNIEVSKY, op. cit.*, pp. 43-48.

⁴⁴³² Voy. J. AZAR-BAUD, « Action de groupe », *op. cit.*, § 84.

⁴⁴³³ Cette question peut être rapprochée des propositions visant un éventuel renforcement des pouvoirs du juge de la mise en état : J. AZAR-BAUD, « Action de groupe », *op. cit.*, § 61 ; Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe présenté M. Philippe GOSSELIN et Mme Laurence VICHNIEVSKY, op. cit.*, proposition n°11.

volontairement à l'instance tiers⁴⁴³⁴. On a montré que la vérité et l'explication délivrées par la bouche du juge peuvent, dans le cadre de la survenance de certains événements, tel un événement nucléaire de fusion, prendre une place importante. Le fait que des victimes ne soient informées d'une action de groupe qu'après le jugement sur la responsabilité nuirait à son efficacité. Il en résulterait un effet contre-productif à l'endroit des victimes pour qui cette phase serait nécessaire à leur réparation morale. D'aucuns pourraient arguer que ces victimes ne seraient pas totalement dépossédées de leur procès, puisqu'elles pourraient intervenir dans la phase de liquidation, laquelle ne pourrait ici devoir qu'être individuelle⁴⁴³⁵. Cependant, le déroulement de cette phase et le rôle qu'y tient la victime apparaissent incertains et le recours au juge ne semble y être qu'une faculté résiduelle résultant plutôt du fait du défendeur⁴⁴³⁶. Cela paraît d'ailleurs tout à fait logique : il ne s'agirait pas d'inviter chaque victime à refaire la multitude de procès que l'adhésion à l'action de groupe devrait avoir pour but d'éviter. En comparaison, une action inspirée du mécanisme de l'action de groupe américaine et québécoise paraît plus satisfaisante. Dans ces procédures, la publicité et la constitution du groupe interviennent en effet avant que l'affaire ne soit jugée au fond, à tout le moins avant que ne soit établi le jugement sur la responsabilité. Autorisant les victimes à prendre connaissance de ce procès, et le cas échéant d'y participer, c'est donc sans envisager une transposition pure et simple de cette procédure, qu'il s'agit de s'en inspirer concernant la publicité opérée en amont.

972. L'opportunité d'une participation des victimes au jugement sur la responsabilité. Une publicité anticipée sur l'action de groupe présenterait un intérêt certain. Quand bien même elles n'y seraient que tiers et « représentées » par l'association (ou la personne habilitée à agir), les victimes pourraient ainsi suivre l'avancement du procès, assister à certaines mesures d'instructions ou même être invitées à témoigner et à confronter le responsable. Sous la direction du juge de la mise en état – dont il faudrait alors songer à renforcer le pouvoir en termes d'action de groupe⁴⁴³⁷ – l'affaire pourrait ainsi être instruite, puis jugée de manière à satisfaire leurs besoins cathartiques. Paradoxalement, cela pourrait même renforcer les droits de la défense car le responsable serait alors en mesure de prendre connaissance, fût-elle partielle, des personnes se « cacheraient » derrière le demandeur et les confronter. Il en résulterait une atténuation, certes indirecte mais néanmoins existante, des défauts que l'on a pu attribuer à l'action de groupe à l'endroit du principe d'égalité des armes et du contradictoire⁴⁴³⁸, voire à la transparence du procès⁴⁴³⁹. Enfin, et surtout, cela pourra aider le juge dans

⁴⁴³⁴ Voy. se posant la question S. AMRANI-MEKKI, « L'action collective québécoise. Regard (envieux) d'un processualiste français », *op. cit.*, p. 348.

⁴⁴³⁵ Les dommages seraient certainement trop divers pour que soit envisagée une liquidation collective.

⁴⁴³⁶ Alors que le législateur semble envisager qu'il soit ici procédé à une indemnisation volontaire du déclaré responsable – ce qui on le comprend évite l'engorgement des tribunaux – la saisine résiduelle, et néanmoins possible, du juge apparaît comme étant dévolue à l'association ayant reçue mandat : voy. B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 334.

⁴⁴³⁷ Voy. note *supra* 4433.

⁴⁴³⁸ Pour le principe d'égalité des armes et sur le principe du contradictoire : voy. S. CABRILLAC, « Pour l'introduction de la *class action* en droit français », *op. cit.*, § 21 ; M-A. FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *Class action* : obstacles et compatibilités », *op. cit.*, § 32 ; D. HOUTCIEFFE, « Les *class actions* devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *op. cit.*, p. 42 ; S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », *op. cit.* ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 40.

⁴⁴³⁹ Voy. sur cette question de la transparence S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », *op. cit.* ; S. CABRILLAC, « Pour l'introduction de la *class action* en droit français », *op. cit.*, § 19 ; M-A. FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *Class action* : obstacles et compatibilités », *op. cit.*, § 35 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 38.

l'établissement de sa mission. En effet, s'il peut être aisé dans le cadre d'un contentieux en droit de la consommation d'identifier la responsabilité et les préjudices réparables, tel ne serait pas être le cas dans le cadre d'un contentieux du fait des activités à risque où les dommages seraient plus diversifiés. La participation d'un panel diversifié de victimes à la procédure autoriserait le juge, au-delà des quelques cas personnels imposés par le droit français, à prendre une plus grande connaissance de l'étendue de l'affaire et ainsi adapter le jugement rendu sur la responsabilité – notamment pour ce qui concerne les préjudices réparables au titre de l'action de groupe.

Une telle proposition peut toutefois comporter des incertitudes. En effet, si le juge ne statue sur les préjudices réparables qu'au terme du jugement sur la responsabilité, cela emporte plusieurs difficultés. D'une part, la publicité opérée sur l'action de groupe en amont de la procédure pourrait conduire à réunir un grand nombre de personnes se disant victimes et souhaitant y prendre part activement, et ce alors qu'elles ne le seraient pas véritablement ou d'une manière peu représentative de la masse. Il pourrait alors être opposé à cette proposition le risque d'un alourdissement et d'un ralentissement excessif du procès. Le cas échéant, il appartiendrait au juge, maître des débats, de veiller à ce que cela ne nuise pas au procès et de poser les limites nécessaires⁴⁴⁴⁰. Ce rôle pourrait également être dévolu à l'association ou la personne représentante, qui limiterait et organiserait cette participation plus ou moins immédiate de chacun dans le procès. D'autre part, la question de la participation de certaines victimes à la procédure poserait nécessairement la question du moment de la constitution du groupe. Dans le cadre des procédures québécoise ou américaine, la publicité sur l'action de groupe a lieu après la certification ou le jugement sur la recevabilité, car elle permet de constituer le groupe avant le jugement au fond selon le système de l'*opt-out*. Sauf intention contraire avant le jugement au fond, tout le monde est supposé faire partie du groupe. Or, pour les raisons qui seront explicitées ci-après, ce système ne paraît pas adéquat dans le cadre du contentieux en responsabilité du fait des activités à risque, impliquant, par exemple, un événement de fusion nucléaire. Il faudrait que le groupe ne soit constitué qu'après le jugement en responsabilité et la détermination des préjudices réparables. Des victimes pourraient donc être amenées à participer à la procédure sans être éligible à être membre du groupe ou même vouloir *in fine* en être. Cela ne saurait être un problème, dès lors qu'il doit être admis que ces victimes n'auraient de toute manière jamais été formellement parties à la procédure : le but étant simplement qu'elles puissent suivre le déroulé du procès, voire y intervenir, mais seulement tant qu'éléments servant la constitution du groupe, *in fine*, sur la base de leur intervention. Aussi, à aucun moment, leur intervention ne pourrait transformer un contentieux supposé « objectif » en un contentieux « subjectif »⁴⁴⁴¹ : la résolution des situations individuelles ne pourrait se régler qu'au stade de la liquidation qui devrait être par principe individuelle et intervenir après adhésion au groupe, et donc après mandat. Le juge ne serait ainsi toujours tenu que de statuer sur les éléments communs du groupe, c'est-à-dire le fait générateur et les postes de préjudices réparables au titre du jugement sur la responsabilité : l'intervention de certaines

⁴⁴⁴⁰ Voy. en ce sens A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 437.

⁴⁴⁴¹ Rapprochez M-A. FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *Class action* : obstacles et compatibilités », op. cit., §§ 35 et ss.

victimes ne devrait être utilisée que pour l'y aider. Pour le défendeur, le fait que ces victimes ne soient *in fine* pas parties au groupe ne saurait aggraver la position qu'il aurait eu sans leur intervention ou avec leur intervention en tant que véritable membre du groupe. Le principal resterait valable : leur intervention pourrait servir un renforcement des droits de la défense, si tant est, tautologiquement, que le juge veille à les faire respecter et à bien rester impartial dans « l'usage » qu'il sera fait de ces victimes. Si cela risque de porter une trop grande atteinte au droit de la défense, il serait encore libre de réduire leur intervention. Les victimes ne resteraient alors que spectatrices du procès, ce qui serait déjà satisfaisant et ne connaîtrait aucun obstacle juridique, quand bien même elles choisiraient la voie du recours individuel : l'instruction civile n'est *a priori* pas soumise au secret et la justice est chose publique.

Pour résumer, le but serait donc que l'association ou la personne habilitée à exercer l'action reste effectivement seule partie à la procédure en déclaration de responsabilité. Simplement, les victimes devraient être invitées à la suivre, voire à y prendre part. Ainsi, la phase de jugement devrait procéder d'une phase de publicité permettant de réunir les victimes intéressées par le procès et les inviter à se joindre à l'action de groupe. Dès lors, cela supposerait qu'il existe une phase d'entre-deux au terme de laquelle le juge pourrait être habilitée à « certifier » l'action de groupe sans préjuger ni de la constitution du groupe ni de la responsabilité de l'exploitant, afin de ne pas porter inutilement atteinte à sa réputation. Cela permettrait simplement de conférer un caractère officiel à cette action de groupe et d'encourager l'association ou toute personne habilitée à en diffuser plus largement l'existence⁴⁴⁴². L'idée pourrait même pointer d'attribuer un rôle au tribunal (uniquement) compétent, lequel serait alors tenu d'informer toute personne exerçant une action personnelle concomitamment à l'introduction de l'action de groupe de l'existence de cette dernière. La question pourrait même se poser de savoir si le souci d'économie de procédure ou de bonne administration de la justice pourrait autoriser le tribunal à suspendre le traitement d'une action personnelle, dans l'attente du jugement qui sera rendu sur la responsabilité dans le cadre de l'action de groupe et de la décision de la victime d'adhérer au groupe suite au jugement rendu sur la responsabilité. En effet, il ne faut pas oublier que dans le cadre de notre proposition, cette adhésion au groupe ne pourrait avoir lieu qu'après le jugement sur la responsabilité suivant la technique de l'*opt-in*. Ce choix s'explique par le fait qu'elle serait la seule susceptible de prendre en considération les dommages tardifs, tels que ceux susceptibles de résulter de la réalisation d'un risque nucléaire de fusion.

2. L'accès des victimes tardives à l'action

973. Plan. Pour favoriser le sort des victimes tardives, c'est-à-dire celles dont le dommage surviendrait ou se matérialiserait longtemps après la réalisation du risque, il convient de privilégier le recours à l'*opt in* (b.), plus à propos que le recours à l'*opt out* (a.).

⁴⁴⁴² Rappelons, en effet, qu'elle n'a pas l'interdiction de faire de la publicité, mais qu'elle n'en a pas également l'obligation.

974. L'insuffisance du mécanisme de la réparation collective. Au sein des propositions visant la réparation des dommages de dommage de masse ou des dommages résultant d'activités à risque, la technique de l'*opt-out* caractéristique de la procédure québécoise ou de la procédure américaine est apparue comme opportune, notamment lorsqu'elle est associée à un mécanisme de réparation collective⁴⁴⁴³. Ces deux techniques, fortes de leur souplesse, permettent en effet de faire entrer dans la procédure les victimes potentielles et non identifiées, et d'assurer que le responsable paie le prix de leurs dommages. Favorisant la dimension préventive de la responsabilité et étendant les « effets réparateurs de la responsabilité civile à des situations dommageables difficiles à appréhender du fait d'un trop grand nombre de victimes parfois impossible à identifier »⁴⁴⁴⁴, la proposition est séduisante. Nous n'y adhérons pourtant pas. En effet, tant le mécanisme de la réparation collective que celui de l'*opt-out* ne seraient pas suffisamment respectueux des besoins des victimes des activités à risque, et spécifiquement de celles dont les dommages seraient amenés à survenir tardivement – sous l'effet, par exemple, de la radioactivité résultant événement de fusion nucléaire – et dont la situation particulière a initialement justifié ce choix de l'action de groupe plutôt que celui de toute autre action collective dans le cadre de notre propos⁴⁴⁴⁵. Or, même au prix de quelques distorsions, cet objectif ne nous pourrait pas être atteint en recourant à ces deux mécanismes.

Concernant, le mécanisme de la réparation collective ou *fluid recovery*, il est vrai qu'il présente l'avantage de rendre directement disponible un certain montant. Une partie de ce dernier pourrait ainsi servir à indemniser les victimes actuelles de la réalisation du risque, c'est-à-dire celles souffrant d'un dommage au moment de l'introduction de l'action de groupe. Quant au reliquat, il pourrait alimenter un fonds de garantie des victimes des activités à risque et auprès duquel les victimes tardives pourraient se manifester ultérieurement aux fins d'obtenir indemnisation⁴⁴⁴⁶. Alors que la somme pourrait même fructifier, la procédure s'en trouverait dans le même temps simplifiée pour l'exploitant, ou son assureur, tenus de liquider sa dette de responsabilité en une fois. Toutefois, le mécanisme apparaît excessivement dangereux dès lors qu'il obligerait le juge à spéculer sur le montant global de la dette de responsabilité. Or, le risque serait trop grand que le juge évalue mal la dette globale de l'exploitant. Les activités à risque constituent des activités dans lesquelles il est difficile d'évaluer le coût total d'un accident. Les activités nucléaires de fission en témoignent, et il pourrait en aller de même des activités de fusion nucléaire⁴⁴⁴⁷. Elles sont ainsi représentatives des activités que visent spécifiquement notre propos, c'est-à-dire celles dont la certitude de l'existence d'un risque anormal permet l'application de la règle de responsabilité, mais dont on ne saurait avec

⁴⁴⁴³ Voy. A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 456 ; L. Mazeau, *La responsabilité des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 490 et ss.

⁴⁴⁴⁴ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, op. cit., p. 456.

⁴⁴⁴⁵ Il ne faut pas oublier que cette propension des activités à risque à causer des dommages immédiats et/ou à retardement, et les difficultés qui pourraient en résulter pour les victimes, nous a conduit à préférer l'action de groupe à tout autre modèle de réparation collective. Nous sommes effectivement convaincus que l'action de groupe peut constituer le terreau d'une action apte à prendre en considération les victimes tardives, en leur offrant la possibilité de bénéficier d'une chose partiellement jugée, c'est-à-dire à tout le moins d'un « droit acquis » à la revendication d'un fait générateur de responsabilité reconnu comme tel et ayant été la cause de leur dommage.

⁴⁴⁴⁶ Voy. en ce sens L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., pp. 506.

⁴⁴⁴⁷ Voy. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2, § 2., B.

exactitude déterminer les conséquences de sa réalisation. Aucune limitation du *quantum* de la responsabilité n'étant prévu, le recours au recouvrement collectif pourrait donc être l'objet de dérives. Il se pourrait qu'un juge précautionneux décide de fixer une dette de réparation bien trop haute, voire au maximum de son capital disponible. Or, même en admettant que l'exploitant puisse récupérer un reliquat, il serait délicat de déterminer le moment de lui rendre, car il faudrait être sûr que toutes les victimes auraient été indemnisées, même les plus tardives. Ce remboursement étant *de facto* impossible, cela reviendrait à le condamner au-delà de sa dette de responsabilité, et donc à des dommages et intérêts punitifs. Or une telle pratique ne serait pas acceptable dans le cadre de la responsabilité du fait des activités à risque, car la responsabilité reposerait sur un équilibre déjà délicat⁴⁴⁴⁸. L'exploitant devrait donc bénéficier de la garantie du principe de réparation intégrale : *ni plus ni moins*. « Ni moins », car il se pourrait que le juge ait à l'inverse sous-évalué le montant de la dette de réparation, si bien que les victimes tardives ne pourraient obtenir aucune réparation une fois ce montant épuisé. En pratique, cela reviendrait donc à ce que le juge fixe, par jurisprudence et au détriment des victimes, un *quantum* à la responsabilité de l'exploitant. La solution apparaîtrait alors loin d'être satisfaisante, si l'exploitant, bénéficiant encore de fonds nécessaires à la réparation, devait ainsi se voir *de facto* exonéré d'une partie de sa responsabilité. Alors certes, cette dernière hypothèse ne saurait être valable si la victime bénéficiait d'un recours individuel. Mais cela ne serait pas possible dans un système d'*opt-out*, sauf à ce qu'elle ait refusé, dès l'introduction de l'action de groupe, le bénéfice de cette dernière. Cela nous conduit à relever l'inopportunité de ce système dans le cadre du contentieux des activités à risque, particulièrement des activités de fusion nucléaire pouvant engendrer des dommages tardifs.

975. L'insuffisance du mécanisme de l'*opt-out*. Le mécanisme de l'*opt-out* serait défavorable aux victimes tardives. À l'instar de ses partisans, nous comprenons tout à fait l'intérêt que ce mécanisme peut avoir pour sanctionner un manquement ayant causé une multitude de petits dommages peu ou prou simultanés, lorsqu'il est associé à une réparation collective. Pour autant, cela ne saurait valoir à l'endroit des victimes d'activités à risque, et ce quand bien même ce mécanisme serait accompagné d'une liquidation individuelle du préjudice. En effet, ce mécanisme voulant que toutes les victimes potentielles fassent partie du groupe lors du jugement sur la responsabilité, sauf à exprimer une intention contraire, conduirait à inclure dans le groupe les victimes tardives alors que ces dernières ignoreraient qu'elles sont victimes de l'activité à risque au moment de l'action. Elles perdraient donc leur droit d'action avant même que ce droit ne naisse, et avant même qu'elles aient pu avoir la possibilité de choisir la modalité selon laquelle l'exercer. L'argument relatif à l'accès au juge, qui est fréquemment avancé en faveur de l'*opt-out* et à l'encontre des principes du droit français s'y opposant, en perdrait donc sa valeur. Indépendamment du principe selon lequel *nul ne plaide par procureur* qu' a enterré l'introduction de l'action de groupe en droit français, on ne saurait dénier la portée de la décision du Conseil Constitutionnel du 25 juillet 1989 et dans laquelle ce dernier a considéré que l'action en représentation était possible « à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner

⁴⁴⁴⁸ Voy. *supra* Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

son assentiment *en pleine connaissance de cause* et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action »⁴⁴⁴⁹. Cette réserve a fait l'objet d'interprétations doctrinales en faveur de la solution de l'*opt-out* en considérant que « ce qui compterait, c'est le droit d'accéder réellement et concrètement au juge » et qu'il est des cas dans lesquels « l'individuel céderait devant le collectif »⁴⁴⁵⁰. Ces interprétations ne nous paraissent pas valables dans le cadre du contentieux en responsabilité des activités à risque. L'*opt-out* ne saurait y être « une condition *sine qua non* de l'effectivité du droit à l'accès au juge »⁴⁴⁵¹. Plus encore, l'*opt-out* s'inscrirait en contradiction avec ce droit. En effet, on peut considérer que les victimes pourraient vouloir bénéficier de la chose jugée par l'action de groupe afin d'éviter de subir un revirement de jurisprudence sur la qualification du fait générateur (l'élément collectif minimum). Il ne faut cependant pas oublier qu'un revirement pourrait toujours s'opérer en leur faveur⁴⁴⁵². Il serait alors d'autant plus délicat de leur opposer la chose jugée d'une situation dont elles ignoreraient qu'elle les concerne. Des lors, il est de deux choses l'une : soit l'on renonce à inclure les victimes tardives dans l'action de groupe, soit l'on trouve un moyen de les y inclure sans que cela ne s'opère en leur défaveur : tel pourrait être le cas de l'*opt-in* du droit français.

b. La potentialité de l'opt-in et de la réparation individuelle

976. L'extension possible du délai de liquidation aux victimes tardives. L'action de groupe à la française questionne véritablement sur la possibilité de prendre en considération les victimes « tardives » et « potentielles » d'une activité à risque, telles que les victimes éventuelles de la fusion nucléaire. Le système de l'*opt-in* français voulant que les victimes souhaitant rejoindre le groupe se manifestent après le jugement rendu sur la responsabilité reste en effet silencieux sur les cas de ces dernières. La loi ne prévoit aucun délai *minimum* ou *maximum* d'adhésion imposé au juge⁴⁴⁵³. Doit-on pour autant considérer que ce délai peut être étendu de manière à permettre l'inclusion des victimes « tardives » au groupe au moment de la manifestation de leurs dommages ? De prime abord, rien ne semble s'y opposer. D'abord, le fait que nul n'ait de « droit acquis à une jurisprudence figée »⁴⁴⁵⁴ ne n'impose pas réciproquement une interdiction de figer la jurisprudence pour l'avenir, et ce d'autant plus ce que serait aux victimes de se prévaloir de la chose jugée ou non. Elles conserveraient leur droit d'exercer un recours individuel tant qu'elles n'auraient pas adhéré au groupe. À tout le moins, l'hypothèse pourrait se voir opposer le principe selon lequel le juge ne peut rendre des arrêts de règlement⁴⁴⁵⁵. Pour que les victimes tardives puissent bénéficier de l'action de groupe, il faudrait en effet que le juge puisse correctement déterminer les préjudices réparables sur le fondement du jugement rendu en responsabilité, c'est-à-dire qu'il puisse envisager ceux dont elles souffriraient dans

⁴⁴⁴⁹ Voy. CC, n°89-257 DC, 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, JORF, 28 juillet 1989, p. 9503.

⁴⁴⁵⁰ S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », *op. cit.* ; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 433.

⁴⁴⁵¹ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 433.

⁴⁴⁵² Voy. *supra* Section 1, § 1, A, 2.

⁴⁴⁵³ Voy. *Loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle*, *op. cit.*, art. 66 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 314.

⁴⁴⁵⁴ Voy. *supra* Section 1, § 1, A, 2.

⁴⁴⁵⁵ Code de procédure civile, art. 5.

le futur. Confronté à une certaine incertitude⁴⁴⁵⁶, le juge pourrait alors opter pour une détermination élargie et englobante de ces préjudices réparables. Est-ce à dire que cela participerait à qualifier l'arrêt de réglementaire ? Nous ne le pensons pas. Si la prohibition interdit aux tribunaux d'édicter une règle de droit générale et abstraite pour l'avenir, l'action de groupe conduit toujours le juge à admettre un recours dont la portée dépasse le demandeur, mais demeure circonscrite à un nombre de cas concrets, épuisés et délimités⁴⁴⁵⁷. Dans notre cas, la similarité entre les personnes pouvant se prévaloir de la chose jugée se limiterait au fait qu'elles seraient toutes victimes d'un même fait générateur, au-delà de la diversité des conséquences qu'il aurait causées en leur for personnel. Ensuite, à l'égard du défendeur et du respect des droits de la défense, cela ne saurait également être une difficulté puisque l'on opterait alors pour un mode de liquidation individuelle. Ainsi, la latitude laissée au juge ne porterait pas atteinte au droit du défendeur de contester le bien-fondé des demandes individuelles des victimes au moment où celles-ci lui seraient introduites. On pourrait même envisager que le juge prévoit des sous-groupes obéissant à des délais et des modalités de liquidation différente : une indemnisation collective partielle pour les dommages immédiatement et facilement identifiables, et un cas de liquidation individuelle pour les dommages potentiels et individualisés⁴⁴⁵⁸. Enfin, il est vrai qu'une telle solution questionnerait par le prisme de l'appréhension de la prescription. Le droit commun de l'action de groupe prévoit que l'action suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements⁴⁴⁵⁹, sans se prononcer davantage sur cette question. Nous pensons, à l'instar de Maria José AZAR-BAUD, qu'il doit alors exister une dissociation entre la prescription applicable à la personne ayant qualité pour agir et les titulaires du droit substantiel. Il faudrait alors acter que le délai ne commencerait à courir qu'au moment où la victime pourrait, suivant les règles du droit commun, être en mesure d'agir ; l'existence de l'action de groupe ne devant d'aucune manière influencer sur l'exercice de son droit d'action dans le temps⁴⁴⁶⁰. De même, cette solution devrait s'appliquer à l'égard de la prescription biennale de l'action du responsable contre son assureur, qui ne commence en principe à courir qu'à l'assignation de ce dernier par le tiers lésé. Somme toute, cette solution n'influencerait que l'exercice des modalités de l'action et le contenu de la demande que la victime pourrait ainsi formuler : une demande en réparation fondée sur la chose jugée ou une action individuelle, avec le risque comporté par l'une ou l'autre de ces situations compte tenu de l'évolution du droit.

977. L'extension opportune du délai de liquidation aux victimes tardives. Cela étant admis, il faut reconnaître les avantages de cette proposition. D'abord, en l'absence de limitation des préjudices réparables par la règle de responsabilité *stricto-sensu*⁴⁴⁶¹, cela pourrait autoriser le juge à exclure la

⁴⁴⁵⁶ Notamment parce que les victimes participant au procès et visant à orienter sa décision ne sauraient être représentative de ces cas ou que l'expertise ne saurait l'aiguiller.

⁴⁴⁵⁷ Voy. D. HOUTCIEFF, « Les *class actions* devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *op. cit.*, p. 42 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX, L. USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2018, n° 1334 ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 41.

⁴⁴⁵⁸ Voy. M. J. AZAR-BAUD, « Action de groupe », *op. cit.*, § 90

⁴⁴⁵⁹ Voy. *Loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle*, *op. cit.*, art. 77.

⁴⁴⁶⁰ Voy. M. J. AZAR-BAUD, « Action de groupe », *op. cit.*, § 73

⁴⁴⁶¹ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2, Section 2, § 2.

réparation de certains préjudices existentiels avec l'espoir que cela dissuade les « petites » victimes à demander réparation à titre individuel⁴⁴⁶². Ensuite, cela éviterait tout questionnement sur l'autorité de chose jugée et sur la possibilité que puisse être introduite une seconde action de groupe quelques années plus tard afin de demander la réparation des préjudices de ces victimes « tardives »⁴⁴⁶³. Enfin, si tant est qu'elle fut réalisable, la proposition emporterait un grand avantage pour les victimes tardives. Celles qui souhaiteraient une indemnisation rapide n'auraient alors qu'à formuler une demande en réparation suivant les règles de l'action de groupe⁴⁴⁶⁴, que l'exploitant serait toujours en droit de contester devant le juge s'il considérait que son bien-fondé, au niveau du lien de causalité ou du préjudice, puisse être remise en cause. Le jugement n'ayant statué que sur le fait générateur – bien qu'on puisse également imaginer qu'il instaure une certaine présomption causale – la victime devrait toujours apporter la démonstration des éléments lui étant propres. Celles qui souhaiteraient avoir un « vrai » procès auraient toujours la possibilité d'introduire leurs propres actions personnelles, avec le coût économique et le risque que cela pourrait emporter du fait de l'évolution du droit. Quant à la situation de l'exploitant, elle ne saurait être entachée par cette proposition. Les dommages tardifs sont en toute hypothèse source de complexité, qu'ils soient l'objet de réparations par le biais d'une action de groupe ou d'actions individuelles, car il faut anticiper leur survenance d'un point de vue financier. À tout le mieux, l'action de groupe éviterait à l'exploitant d'être régulièrement assigné sur une longue période, mais elle ne réglerait pas la question de la disponibilité des montants dont il dispose. Il en va de même concernant le tiers fautif, qui serait également mis en cause au côté de l'exploitant et multiplierait les actions récursoires. Pour cela, on pourrait envisager que la répartition à la dette entre le tiers fautif (fut-il existant pour toutes les victimes) et l'exploitant soit réglée dès le jugement sur la responsabilité afin d'éviter ces actions récursoires multiples : chacun sachant par suite ce qu'il doit payer pour toute demande introduite au titre de l'action de groupe. Aussi, c'est simplement sur la disponibilité des montants que l'on regrette le principe de *la fluid recovery*, qui associé à un mécanisme d'*opt-in*, aurait présenté un avantage dès lors qu'elle permet de régler la somme une fois pour toute. Cela étant, les risques que présente cette proposition sont trop importants pour que l'on puisse l'accepter telle qu'elle. Pour cela, si la question des montants disponibles est un problème, il ne doit pas être celui de la responsabilité mais celui de l'assurance, voire d'un fonds de garantie dont l'étude dépasse le cadre du présent propos. Pour finir, il faut s'attarder sur un dernier point inhérent à un aspect particulier du facteur spatial, et prégnant pour la réalisation de certains risques susceptibles d'emporter des effets transfrontières/transfrontaliers, tel le risque nucléaire de fusion : la possibilité de l'action de groupe transfrontière.

⁴⁴⁶² Sur ce droit d'action de droit commun : *Loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle*, *op. cit.*, art. 79.

⁴⁴⁶³ Voy. B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 345 ; M. J. AZAR-BAUD, « Action de groupe », *op. cit.*, § 75.

⁴⁴⁶⁴ C'est-à-dire soit en passant par le biais de l'association soit en s'adressant directement à l'exploitant, suivant les modalités que cela peut impliquer.

3. L'accès des victimes étrangères à l'action

978. L'émergence d'une action de groupe européenne. Si l'action de groupe en droit international peut prendre différentes formes⁴⁴⁶⁵, la question qui nous intéresse particulièrement est la possibilité pour les victimes étrangères d'un fait générateur susceptible d'emporter l'application de la loi française devant les tribunaux français de se joindre à une action de groupe française ou d'initier sa propre action devant ces tribunaux en application de la loi française. Cette possibilité présenterait donc un intérêt certain dans le cadre de notre propos. Les activités à risque, telles que les activités de fusion nucléaire, pourraient causer des dommages diffus dont il résulterait un éparpillement du contentieux⁴⁴⁶⁶. Le problème est que ces actions de groupe transfrontière ne font pas aujourd'hui l'objet de dispositions générales. Il n'existe pas de droit international privé propre aux actions de groupe, indépendamment de la directive 2020/1828 dont le contenu ne suffit pas pour faire face aux difficultés d'une action transfrontière⁴⁴⁶⁷. Cette directive, si elle constitue une avancée notable pour l'harmonisation des droits européens en matière d'action de groupe, vise plus à instaurer un cadre légal commun qu'à organiser avec précision les modalités d'une véritable action de groupe transfrontière susceptible de regrouper des victimes d'un fait unique indépendamment de leur nationalité, de la loi *a priori* applicable à leur dommage et du *for a priori* compétent pour recevoir leur demande. Elle se trouve surtout limitée au droit de la consommation. On pourra ainsi regretter qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun instrument permettant d'organiser véritablement une action collective en cas d'évènement dommageables dont les conséquences dépasseraient les frontières d'un État. Est-ce pour autant chose impossible ? Pas nécessairement.

979. Les possibilités d'une action de groupe transfrontière dans le cadre européen. En réalité, à l'examen des règles de compétence du Règlement Bruxelles I bis, il n'y a pas véritablement d'obstacles à ce que soit introduit une action de groupe internationale dès lors que toutes les victimes peuvent se prévaloir de la compétence du tribunal du lieu du fait générateur. Ce *for* constituant le *for* pertinent dans le cadre de notre action de groupe, cela ne saurait *a priori* s'inscrire en contradiction avec les règles du droit international privé. Concernant la loi applicable, cela pourrait rencontrer plus de difficultés en fonction de la nature du fait générateur, lorsque le principe demeure la *lex loci damni*. Néanmoins, en dépit de cette approche individualiste des solutions de conflits de loi, on sait que le Règlement Rome II prévoit des solutions flexibles, susceptibles d'être exploitées. Dans le cadre de la réalisation d'un risque causant des dommages environnementaux, la loi française pourrait ainsi trouver application à l'égard de toutes les victimes de ce fait générateur. Quand des « liens étroits » avec un autre État peuvent également justifier de déroger au principe de la *lex loci damni*, il reste que l'article 14 prévoit la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable au litige par accord postérieur à la survenance du dommage. Or ce choix pourrait faciliter l'accueil d'une action de groupe

⁴⁴⁶⁵ Sur ces questions, B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 390.

⁴⁴⁶⁶ Voy. *supra* Section I, § 1, B.

⁴⁴⁶⁷ Voy. Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JOUE, L 409, 4 décembre 2020, p. 1.

transfrontière et ferait ainsi l'économie d'une pluralité de lois applicables au même litige. Autrement dit, le droit européen ne s'oppose pas à l'existence d'une telle possibilité⁴⁴⁶⁸, et d'aucuns soulèvent qu'elle puisse même être admise au regard de la loi française⁴⁴⁶⁹. Étant plus une question de pratique que d'autorisation, il suffirait donc qu'une harmonisation soit opérée afin d'organiser les modalités de ces actions de groupe transnationales et de leurs effets. Pour cela, on pourra en réalité souligner l'effort opéré par la directive 2020/1828 laquelle permet d'impulser cette possibilité. On pourrait même penser que ce régime harmonisé d'une action de groupe puisse un jour accompagner un régime dont on espère qu'il matérialiserait l'harmonisation des droits européens, voire des tous les droits internes, sur la question des activités à risque, au souvenir de la Convention de Lugano. Si ce régime européen ou mondial harmonisé n'a pas été la voie que nous avons, par souci de réalisme, choisie, il s'agit de ne pas approfondir d'avantage cette question, laquelle nous obligerait à replonger dans les affres du droit international privé.

980. Conclusion du § et de la Section. Au commencement de cette seconde section, un certain nombre de difficultés ont été mises en exergue par l'étude des facteurs quantitatifs susceptibles d'affecter l'action en responsabilité, tel le nombre de parties, responsables autant que victimes, impliquées dans le contentieux des activités à risque. Nous avons proposé des solutions à même de surmonter ces difficultés, et ce tout en préservant la substance de la règle de responsabilité *stricto sensu* et la poursuite de ses fonctions. À l'endroit de la pluralité de responsables éventuels, une solution visant à maintenir, en toute hypothèse, la responsabilité de l'exploitant de l'activité à risque a été proposée, nonobstant l'existence d'éventuels coauteurs. Rappelant dans une certaine mesure le principe de canalisation consacré par le régime de responsabilité civile nucléaire, cette canalisation « édulcorée » s'en différencie sur un point principal : elle ne cherche aucunement à éluder la responsabilité parallèle d'un éventuel coresponsable. Essentiellement procédurale, elle serait possible par la mise en œuvre prioritaire de la responsabilité de l'exploitant par le jeu des procédures d'intervention, voire par un remaniement des règles jurisprudentielles sur la répartition de la dette ne donnant plus la primeur à la faute. Mais cette solution n'est pas sans limites. En dépit des propositions formulées pour contrecarrer les inconvénients résiduels de la souplesse de la règle de responsabilité *stricto sensu*, tel l'établissement d'une présomption de responsabilité sur l'exploitant de droit, les solutions proposées ne résistent pas à la survenance d'un événement dommageable touchant un grand nombre de victimes.

⁴⁴⁶⁸ Voy. A. TABBARA, *Les actions de groupe dans le contentieux international*, Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 194 et ss ; B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, §§ 390-393.

⁴⁴⁶⁹ Il pourrait tout à fait être argué que l'action de groupe relève de la loi applicable au fond et peut donc échapper à la loi française. Bien que la proposition ne satisfasse pas pleinement, elle pourrait tout de même faire l'objet de discussions. En outre, il pourrait être soulevé l'argument selon lequel le fait que les victimes résident dans des pays différents et sont donc soumises à des droits différents a pour conséquence de les placer dans des situations juridiques différentes, et qu'elles ne peuvent dès lors être considérées comme appartenant à un groupe susceptible de bénéficier d'une action de groupe : voy. S. CORNELOUP, « Note sous Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *RCDIP*, 2014, p. 450. Toutefois, en droit américain, il est souvent jugé que le fait que les membres du groupe soient soumis à une variété de lois applicables différentes n'est pas un obstacle, car s'il est un petit nombre de lois applicables différentes ou si les solutions données par celles-ci convergent, alors il reste envisageable pour le tribunal saisi de rendre une décision susceptible de s'appliquer à chacun des membres du groupe : voy. B. ALLARD, J. JOURDAN-MARQUES, « Action de groupe », *op. cit.*, § 392 ; H. MUIR-WATT, « Régulation de l'économie globale et l'émergence de compétences déléguées : sur le droit international privé des actions de groupe [à propos de l'affaire Vivendi Universal] », *RCDIP*, 2008, p. 590.

Point nodal du contentieux de la responsabilité du fait des activités à risque, l'hypothèse de la survenance d'un évènement causant des dommages de masse se révèle en être la principale difficulté. Ce constat n'a d'ailleurs rien de surprenant. La question alimente la doctrine de longue date et a conduit plusieurs droits, notamment le droit français, à consacrer le mécanisme de l'action de groupe. Mais nous avons dû admettre que les mécanismes soumis à l'étude étaient inaptes à accueillir les victimes d'activités à risque. Qu'il s'agisse du droit français et son action de groupe au champ d'application limité ou des droits de *Common law*, les mécanismes mis en place ne suffisent pas à réceptionner adéquatement la particularité du contentieux susceptible de naître de la réalisation d'un risque qui, à l'instar du risque nucléaire de fusion, produirait des dommages dont la survenance ou la réalisation apparaîtrait tardivement, sauf à sacrifier les victimes tardives ou à sacrifier l'exploitant. Autrement dit, si les mécanismes actuels de l'action de groupe permettent une gestion efficace du nombre et de l'éparpillement géographique des victimes, la réponse qu'ils apportent à la problématique du facteur temporel propre aux risques insidieux, comme le risque radioactif, reste largement insatisfaisante. Pour cela, c'est en nous inspirant des droits de la *Common law*, que nous proposons un modèle d'action de groupe mieux adapté au contentieux de responsabilité du fait des activités à risque car elle autorise une participation précoce des victimes à la procédure. Elle repose *in fine* sur le mécanisme de l'*opt in* qui nous paraît être le plus apte à saisir la situation particulière des victimes d'activités à risque, et des exploitants de ces activités. En ce qui concerne la question de l'action du groupe transfrontière, notre étude s'est limitée à l'exploration de quelques pistes.

981. Conclusion du Chapitre. Prolongement indispensable de la formulation de la règle de responsabilité *stricto sensu*, l'étude des règles entourant sa mise en œuvre est partie d'une intuition selon laquelle la réparation des dommages résultant de la réalisation de certains risques, à l'instar du risque nucléaire de fusion, ne pouvait se satisfaire d'une règle de responsabilité *stricto sensu*. Parce que la réparation reste « une question de procédure »⁴⁴⁷⁰ et que la règle de responsabilité, si bonne soit-elle, ne serait qu'une coquille vide si les moyens de l'appliquer n'étaient pas fournis à ceux qu'elle intéresse. Notre propos ne pouvait faire l'économie d'une réflexion sur la question. Néanmoins, le constat se serait imposé de lui-même tant l'importance accordée à ces règles est prégnante dans le cadre de l'étude du régime de responsabilité civile nucléaire. Nous aurions pu, dans le cadre de notre étude, appréhender les mécanismes transactionnels comme la mise en œuvre de la « responsabilité » de l'exploitant. Sans dénier l'intérêt de ces mécanismes, nous avons refusé d'emprunter cette voie car elle irait à l'encontre de notre idée directrice : celle selon laquelle la responsabilité est une institution apte à réceptionner la réparation des dommages causés par les activités à risque parce que, par-delà sa fonction indemnitaire, elle offre aux victimes une enceinte à même de reconnaître, légitimement, le statut qui est le leur. Sans aller jusqu'à sous-entendre que l'étude de la transaction revient à peigner la girafe, il faut bien reconnaître que cette alternative ne fait que traiter les symptômes du mal et laisse ses racines intactes.

⁴⁴⁷⁰ J. VERHOEVEN, « Une réparation communautaire ou internationale des catastrophes ? », *op. cit.*, p. 490.

Pour ce faire, c'est par l'étude de différents facteurs que nous avons jaugé la capacité des règles procédurales et processuelles du droit civil français à s'adapter à ce contentieux si particulier. Arrivé au terme, le bilan n'est pas aussi négatif qu'il le paraît. Alors que la réalisation du risque nucléaire de fusion est insidieuse, anonyme et susceptible de se heurter à la rigidité des limites de temps et de délai imposées par le droit, il nous apparaît que, sous réserve d'une mobilisation opportune de certaines distinctions, et notamment de celle existant entre le dommage et préjudice, ces difficultés peuvent être surmontées. En effet, l'écoulement du temps n'a que peu d'influence sur la recevabilité de l'action des victimes, alors que l'interprétation de la règle de responsabilité peut, en raison de sa souplesse, varier selon le degré d'ancienneté de la réalisation du risque. Et sur ce point, le problème identifié à l'endroit du facteur temporel a rejoint celui identifié à l'endroit du facteur spatial. Nous avons constaté que le droit international privé pouvait mettre en échec l'application de la règle de responsabilité *stricto sensu*. Réciproquement il peut aider à protéger les victimes susceptibles, entre autres, de subir des dommages sur le territoire français, indépendamment du lieu de réalisation du risque anormal. C'est davantage la détermination du tribunal compétent qui pose difficulté, même si elle ne relève pas exclusivement du droit international privé. À partir du moment où la réalisation d'un risque est susceptible d'atteindre des victimes géographiquement éloignées, même dans les limites du territoire national, la question de leur prise en charge individuelle, déjà identifiée à l'endroit du facteur temporel, est apparue comme variable et ambivalente. Source potentielle d'iniquité, il fallait trouver un moyen de résorber ces divergences, sans pour autant geler tout progrès du droit, quand la divergence est également moteur de progrès. C'est dans ce sens que nous avons proposé que soit consacré le principe d'un *for* unique par événement dommageable. Cette idée est confortée par l'étude de la complexité du risque

L'étude de ce facteur a permis de montrer le potentiel du procès civil et l'étendue des pouvoirs dont disposent les juridictions pour réceptionner un contentieux aussi complexe, même s'ils restent insuffisamment employés. C'est un problème, pour ainsi dire, d'économie qui nous conduit à proposer des pistes de réflexions visant au renforcement de ses pouvoirs, et surtout à repenser la possibilité de conduire les victimes d'un même fait générateur devant un juge unique afin de rationaliser la mise en œuvre de ses pouvoirs « d'instruction ». Cela étant admis, le chemin n'est qu'à moitié parcouru, car à ses facteurs qualitatifs s'ajoutent des facteurs quantitatifs qui constituent le dernier temps de cette étude.

Sur ce point, l'intérêt porté aux éventuels coresponsables n'a rien d'inédit et a déjà été annoncé lors de la formulation de la règle *stricto sensu*. La mobilisation de règles de procédure et la proposition subséquente de nouvelles règles sont apparues comme un moyen de pousser à la reconnaissance d'une « canalisation édulcorée » de la responsabilité de l'exploitant, à laquelle des tempéraments ont été apportés afin de surmonter les incertitudes résiduelles que suscite la formulation souple de la règle de responsabilité *stricto sensu*. Cette souplesse est la condition *sine qua non* de la pérennité et de l'efficacité de la règle de responsabilité qui, d'application générale et confrontée à un domaine d'application particulièrement complexe, pourrait faire l'objet d'une interprétation et d'une mise en

œuvre changeantes à mesure que croît le nombre de victimes dont elle doit réceptionner les dommages. En proposant un modèle nouveau d'action de groupe appelé à unir, devant un même juge, toutes les victimes d'un unique fait générateur, qu'elles soient immédiates, tardives ou étrangères, nous proposons une solution qui comble les difficultés révélées par l'étude de ces facteurs. En effet, à la différence des modèles existants, celui proposé permet d'impliquer les victimes dans la procédure, de préserver le droit à l'accès au juge de ces dernières et ce dans le respect des droits de l'exploitant. Elle apparaît particulièrement pertinente à l'endroit des conséquences dommageables, par nature diffuses dans le temps et dans l'espace, que pourrait causer un accident résultant de la fusion nucléaire.

Conclusion du Titre II

L'enjeu de ce *Titre* a consisté en la formulation d'une règle de responsabilité du fait des activités à risque, applicable aux activités de fusion, et apte à réceptionner les dommages causés par l'évolution technologique incessante. Même envisagée comme une « Petite solution » destinée à combler les lacunes techniques du droit de la responsabilité dont la fusion nucléaire se fait le témoin, la démarche n'est pas apparue aisée. C'est une chose de défendre le principe d'une telle règle, c'en est une autre de lui conférer une signification répondant aux exigences de l'institution. Envisagée comme une responsabilité médiate rattachée à un état de risque dont le fait générateur n'est pas appelé à porter en lui-même la désignation du responsable, le danger est latent de proposer ici une nouvelle règle dotée d'un champ d'application mal circonscrit et d'un fondement explicatif insuffisant à lui conférer les moyens de poursuivre les fonctions que nous souhaitons pourtant lui conférer. La différence majeure qui existe entre l'approche au cas par cas des régimes spéciaux et celle, plus générale, destinée à saisir des risques nouveaux constitue la principale difficulté à surmonter pour éviter que la règle de responsabilité ne trouve une application ni trop large ni réduite comme peau de chagrin⁴⁴⁷¹. Telle a été notre intuition au moment d'entamer ce *Titre*. Arrivés à son terme, notre opinion a quelque peu changé. La formulation de la règle de responsabilité nous a certes obligés à un effort de réflexion, mais nous avons pu tirer parti de l'expérience des droits étrangers et des enseignements de ceux qui, dans la doctrine, avaient ouvert la voie à l'établissement d'une telle règle de responsabilité. Surtout, nous avons tiré parti des activités de fusion nucléaire, qui, constituant l'objet de cette étude, ont été le cobaye juridique autour duquel s'est imaginée cette notion cadre de l'application de la règle de responsabilité qui sert aussi l'identification de son fait générateur : la réalisation du risque anormal caractérisant ladite activité. Concernant le lien d'imputation, la maîtrise attachée à la notion d'exploitation et sa combinaison avec le critère de la volonté ont bien constitué des éléments autorisant, tant à justifier la responsabilité de l'exploitant qu'à en délimiter les contours. Cela étant, sa formulation n'a finalement pas été la source de tous ces enjeux, confirmant ainsi le constat selon lequel la responsabilité n'est pas la seule cause de sa faiblesse, mais souffre des défauts intrinsèques aux mécanismes permettant sa mise en œuvre. C'est lors de la mise en œuvre de la règle de responsabilité que se sont révélées les difficultés les plus évidentes et toutes les conséquences du particularisme technologique. Le risque technologique, à l'image du risque nucléaire de fusion, est celui dont la réalisation engendrera potentiellement des dommages diffus susceptibles de compliquer l'action des victimes. Ces dernières seront sujettes, par-delà les délais du droit, aux divergences d'interprétation naissant de leurs situations spatiale et temporelle, et auxquelles s'adjoindra la complexité de la situation à laquelle elles devront faire face. Ajouté à cela, notre choix

⁴⁴⁷¹ Voy. J-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses et/ou du fait des activités dangereuses, Synthèse comparative », *op. cit.*, pp. 286-287.

de favoriser une responsabilité de l'exploitant non évasive des tiers responsables, les enjeux entourant l'application de la règle de responsabilité étaient donc nombreux. Si des pistes de réflexion ont été envisagées pour surmonter chacune de ces difficultés, et notamment la reconnaissance d'une action de groupe remodelée, elles pourraient tout de même conduire à regretter la simplicité de certaines solutions consacrées par les régimes spéciaux, à l'instar du régime de responsabilité civile nucléaire. À cela s'ajoutent les problématiques laissées volontairement hors du champ de l'étude, telle que la question de l'assurance comme mécanisme permettant l'effectivité de la dette de réparation légitimement reconnue par le juge. Tout comme le procès civil, il y a certainement des aménagements à proposer sur ce point, quand la technique de la globalisation ne suffirait pas à doter l'assurance des moyens de faire face à ces dommages diffus⁴⁴⁷². Il en va également du traitement accordé, par l'institution d'un éventuel fonds de garantie, aux victimes qui se retrouvent face à un exploitant défaillant ou disparu, ou celles qui, à l'instar du cheval Porto, subiront des risques *res delictae*. Il en va enfin de la question non moins pertinente des règles qui permettent l'articulation de mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant avec celle d'un État dont la faute aurait contribué à la réalisation du risque ou la survenance des dommages subis ; cela quoique l'approche causale dont le juge administratif fait preuve en la matière autorise à en relativiser les difficultés⁴⁴⁷³. Pour autant, ces évitements et ces difficultés subsistantes ne sauraient remettre en cause le bien-fondé du projet qui sous-tendait ce Titre et, par-dessus lui, cette Partie autorisant ainsi à en entamer la conclusion.

⁴⁴⁷² Sur la technique de la globalisation comme permettant d'assurer la couverture d'événements dommageables diffus : voy. L. SCHUERMANS, « Une tour ou deux tours ? Quelques réflexions sur la globalisation des sinistres » in *Mélange offerts à Marcel Fontaine*, Paris, Larcier, 2003, p. 83 ; J. BIGOT, « Problématique de la globalisation des sinistres », *JCP* 2013, n°783, pp. 1342-1348 ; D. BAKOUCHE, « La globalisation des sinistres », *RCA*, septembre 2016, dossier 22, pp. 21-26 et plus récemment les commentaires suscités par Cass. civ. 2, 24 septembre 2020, n°18-12.593, *Bull. civ.* et C. HÉLAINE, « Restriction dans l'acceptation de la globalisation des sinistres », *DA*, 12 octobre 2020 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, op. cit., pp. 503 et ss ; J. KULLMANN, « La responsabilité civile est-elle encore assurable », *REF*, vol. 126, 2017, p. 194.

⁴⁴⁷³ Comme nous l'avons déjà évoqué, le juge administratif ne reconnaît qu'en de très rares occasions une obligation in solidum lorsque la faute de l'administration interfère avec la responsabilité d'une personne publique. Dès lors, il se cantonne souvent à une approche causale pour déterminer la part de responsabilité incombant à l'administration, n'hésitant pas également à se placer sur le terrain de la perte de chance comme cela fut le cas, non sans critique, dans le cas de l'affaire AZF : voy. J. LESSI, « Concl. sur CE, 9 novembre 2016, Médiateur, n°393108, 393902, 393904, 393926 », op. cit. ; H. BELRHALI, *Les coauteurs en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2003, p. 134 ; *Responsabilité administrative*, op. cit., p. 409 et sur cette question par le prisme de la perte de chance A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 240 et ss.

Conclusion de la Partie II

Après le constat d'une intégration inopportune des activités de fusion au sein du régime conventionnel, et de l'insuffisance tant du droit international que du droit international a, par ailleurs, organiser la réparation des dommages qui seront, un jour susceptible d'en résulter, cette seconde Partie de notre étude avait pour vocation de faire de la fusion nucléaire le « fait générateur » d'une approche holistique de la réparation des dommages causés par les activités à risque et de faire porter cet effort de rénovation sur le droit de la responsabilité civile. Convaincu que la responsabilité civile constituait le terrain idoine pour accueillir cet effort, et que l'institution pouvait encore faire œuvre dans ce domaine, nous étions tout de même conscients que le chemin ne serait pas dénué d'embûches tant l'étude précédemment conduite du régime de responsabilité la responsabilité civile avait fait montre de l'influence que pouvait avoir la nature d'un risque sur les règles conduites à en organiser la réparation. Dès lors, et avant même de proposer une formulation de la règle de responsabilité, la recherche imposait d'en déterminer les enjeux en tant qu'élément justifiant de l'opportunité de son existence et de ses limites. C'est ainsi qu'après avoir identifié tant les apports que matérialiserait la règle de responsabilité eu égard à la poursuite fonctions de la responsabilité qu'elle autoriserait, au renforcement réciproque de la responsabilité étatique qu'elle permettrait et au développement du droit international auquel elle participerait, que nous devions en avoir également envisagé les contraintes. De ces contraintes, ils devaient ainsi être ressorties cette nécessaire et résiduelle prise en considération du particularisme de certains risques, imposant l'aménagement de solutions d'exceptions que la règle, vocation à être une règle de droit commun, ne pouvait en elle-même proposer. Si cela a guidé le choix de faire de la règle de responsabilité une « Petite solution », laquelle a confirmé la possibilité de faire de la responsabilité le réceptacle des dommages résultant du risque technologique, et principalement du risque nucléaire de fusion, force a été d'admettre que la singularité du risque technologique, alors pris dans son ensemble tout, est ressurgit à l'endroit de la mise en œuvre de la règle de responsabilité ainsi formulée. Dès lors, alors que nous nous étions posé la question dans l'introduction de cette Première partie sur le fait de savoir si le particularisme technologique ne pouvait être ignorée lors de l'établissement de règle d'application générale, la réponse à cette question est positive. Il est certains risques technologiques dont la nature ne peut exempter de solutions spécifiques. Tel sera peut-être le cas de la fusion nucléaire. Par-derrrière ces risques singuliers, le risque comme une catégorie générale, à laquelle appartient le risque nucléaire de fusion, constitue également un objet qui, en lui-même, constitue un objet singulier justifiant de faire l'objet d'un régime lui étant destiné. Tel est, à tout le moins, le constat que l'on pourra tirer de la Conclusion générale.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« La solution proposée n'a d'ailleurs pas la prétention d'abroger et de remplacer toutes les dispositions spéciales qui, au cours de plus d'un siècle d'évolution ont partiellement comblé les lacunes et ont, par-là même, préparé le terrain à l'adoption de la clause générale [...] C'est ce que l'on a appelé, dans la discussion allemande relative à la clause générale, la Petite solution, par opposition à la Grande solution qui n'aurait laissé subsister que la norme générale en considérant ses concrétisations dans le droit positif comme superflues. Telle qu'elle est conçue, la clause générale n'est qu'un moyen de sanctionner une compétence du juge, sans laquelle le droit de la responsabilité civile ne réussit plus à remplir convenablement ses fonctions [...] D'ailleurs, et c'est en principe le cas de toute clause générale, sa vocation est dans un certain sens "transitoire" ; on veut dire par là qu'elle sert essentiellement à combler des lacunes manifestes et qu'elle peut successivement se rendre elle-même superflue au fur et à mesure où le droit positif prendrait la relève en codifiant de nouvelles hypothèses de responsabilité pour risque »⁴⁴⁷⁴.

Le problème au fondement de cette étude consistait à interroger les modalités suivant lesquelles pourraient s'opérer la réparation des dommages susceptibles de résulter de l'exploitation future de la fusion nucléaire. Nouvelle source d'énergie dont les expériences à grande échelle se tiendront bientôt sur le territoire français, les activités de fusion nucléaire se trouvent actuellement exclues du régime de conventionnel de responsabilité civile nucléaire dont le champ d'application limite le bénéfice des règles établies aux seules victimes d'un accident nucléaire de fission nucléaire. Tombant dans l'angle mort des régimes spéciaux établis pour organiser la réception des dommages causés par les activités à risque, la fusion nucléaire, tête d'épingle, est pourtant apparue comme un élément révélateur de toutes les faiblesses et les insuffisances du droit de la responsabilité à faire face au risque technologique. Centre névralgique des activités humaines, ce n'était pourtant pas partir du constat que le droit de la responsabilité ignore la question. Au contraire, tant dans le droit international, le droit européen que le droit français, le droit de la responsabilité s'est vu bousculé dans ses sources, ses fondements et ses fonctions afin de permettre de traiter les problématiques engendrées par la réalisation des risques technologiques. Dans le droit privé, comme dans le droit public, et parfois à la frontière des deux droits, des solutions inédites ont été recherchées pour faire face aux difficultés suscitées par le progrès, rapide et incessant. Mais qui trop embrasse mal étreint, et à ce phénomène d'influence a répondu une prolifération de « normes particulières prétendant s'ériger en microsystème autonomes »⁴⁴⁷⁵ et qui ont « tissé un habit d'Arlequin »⁴⁴⁷⁶ au droit de la responsabilité. Il en a ainsi résulté la perte d'un droit, sinon fait « pour la totalité de l'homme »⁴⁴⁷⁷, à tout le moins fait pour la totalité des victimes d'activités à risque, telles que les victimes potentielles et futures du risque nucléaire de fusion.

⁴⁴⁷⁴ P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile*, Rapport explicatif, pp. 138-139.

⁴⁴⁷⁵ L. MAZEAU, *La responsabilité des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 581.

⁴⁴⁷⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE, « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthode d'indemnisation », in *Responsabilité et Assurance, Mélanges R.-O Dalcq*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 352.

⁴⁴⁷⁷ *Ibid.*

Face au constat de l'insuffisance du droit de la responsabilité à réceptionner les dommages susceptibles de ce risque nouveau, il était alors une alternative. Soit on admettait que la fusion nucléaire devait faire l'objet de dispositions spéciales, selon une méthode casuistique. Sans proposer la création d'un nouveau régime superfétatoire, il aurait alors suffi de chercher à lui étendre les dispositions du régime existant en matière de responsabilité civile nucléaire. Soit on admettait qu'elle constituait l'opportunité de défendre la proposition d'une approche holistique du risque, une occasion d'enfin franchir le Rubicon de la reconnaissance d'une règle de responsabilité d'application générale destinée à organiser la réparation des dommages causés par la réalisation de ces risques technologiques oubliés du droit spécial, ou tout simplement non encore découvert. Ce choix imposait cependant de mesurer les avantages et inconvénients de chacune des méthodes. D'un côté, rien n'indiquait que le régime de responsabilité civile nucléaire ait été adapté au risque nucléaire de fusion, quand il a été rédigé pour régir spécifiquement les situations dommageables nées de la réalisation du risque nucléaire de fission. D'un autre côté, l'espoir pouvait être vain de proposer une règle de responsabilité d'application générale destinée à réceptionner les dommages causés par la réalisation du risque nucléaire de fusion, et par derrière lui le risque technologique. Les appels formulés en ce sens avaient déjà été nombreux, ne trouvant que trop peu de réponses. Mais, tout comme « le droit de glaner derrière les moissonneurs n'a jamais été contesté dans le champ des travaux juridiques »⁴⁴⁷⁸, rien ne s'opposait à insister une nouvelle fois sur la nécessité d'un tel « traitement de choc »⁴⁴⁷⁹, eut-il été nécessaire. Dans la réception du risque nucléaire de fusion, le problème résidait donc principalement dans l'infirmité ou la confirmation du postulat selon lequel « toute singularité n'est pas putative et toute différenciation n'est pas à bannir »⁴⁴⁸⁰. Pour répondre à l'alternative posée, il fallait en effet savoir si « l'atomisation » qualitative et quantitative du droit de la responsabilité n'était qu'une « conséquence naturelle du particularisme technologique »⁴⁴⁸¹ de telle sorte que ni l'état des connaissances scientifiques ni la diversité des risques ne pouvaient en réalité être ignorés, et cela que ce soit lorsque l'on cherche à étendre les règles d'un régime existant ou que l'on cherche à en instaurer un nouveau d'application général. Arrivé au terme de notre étude, il est possible d'apporter une double réponse à cette question.

La réponse est d'abord positive. Oui, « l'atomisation » qualitative et quantitative du droit de la responsabilité est une « conséquence naturelle du particularisme technologique ». Oui, ni l'état des connaissances scientifiques ni la diversité des risques ne peuvent être ignorés lorsque l'on cherche à étendre les règles d'un régime spécial établi pour un risque spécifique à un autre, quand bien même il serait de nature comparable. Tel est du moins le constat qui est ressorti de l'étude de l'adaptabilité des règles du régime de responsabilité civile nucléaire au risque nucléaire de fusion

⁴⁴⁷⁸ G. VEDEL cité par J. WALINE, « L'évolution de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques » in *ECDE*, vol. 46, 1994, p. 49.

⁴⁴⁷⁹ P. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 464.

⁴⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁴⁸¹ P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, op. cit., p. 252.

conduite dans la première partie de cette étude⁴⁴⁸². Et de même, ni l'état des connaissances scientifiques ni la diversité des risques ne peuvent être ignorés lorsque l'on cherche à établir une règle d'application générale. On retrouve ici le constat qui est ressorti de l'étude des contraintes entourant la création d'une telle règle visant à englober, parmi d'autres, les activités de fusion. Chaque avantage gagné par la généralité de la règle recherchée ayant fait ressortir la nécessité potentielle de prévoir des aménagements eu égard à l'assurabilité de l'activité visée ou encore à son utilité sociale⁴⁴⁸³. Enfin, et surtout, le particularisme technologique en lui-même, pris comme un ensemble indivisible, est également moteur de différenciation au sein du droit de l'institution de la responsabilité comme « processus qui conduit du fait dommageable à l'application de la sanction »⁴⁴⁸⁴. Sur le plan procédural, les activités à risque suscitent des difficultés qui ne peuvent être ignorées et dont l'étude a participé à montrer le bien-fondé des liens étroits existants entre les règles de responsabilité *stricto sensu* et celles qui autorisent leurs mises en œuvre, telles qu'on les voit au sein du régime de responsabilité civile nucléaire⁴⁴⁸⁵.

Cependant, une fois que l'on prend conscience de ces difficultés, la réponse à la question posée est également négative. Une fois que l'on admet qu'une règle d'application générale destinée à réceptionner les dommages causés par le risque technologique à l'instar du risque nucléaire de fusion, ne constitue qu'une « Petite solution », la singularité n'est plus putative. Au contraire, une approche holistique du risque par le droit de la responsabilité civile est bénéfique. Elle est d'abord un relai des limites du droit international public, dont la rigueur structurelle a constitué un premier frein à l'intégration des activités de fusion au sein du régime conventionnel. En permettant de répondre à l'appel formulé par la Commission du droit international préoccupée par la question des dommages transfrontières causés par les activités à risque, comme cela pourrait être le cas des activités de fusion, elle participe ainsi à son développement⁴⁴⁸⁶. Facteur d'un renforcement des fonctions de la responsabilité civile, elle permet ensuite à l'institution de retrouver sa place dans un domaine abandonné aux mécanismes de l'indemnisation⁴⁴⁸⁷. Facteur d'un renforcement des fonctions de la responsabilité civile, elle autorise corrélativement un renforcement de la responsabilité administrative et une clarification du rôle de l'État « bouc émissaire commode »⁴⁴⁸⁸ dans la gestion du risque technologique. En reportant la responsabilité du risque sur celui qui est supposée l'assumer en premier lieu, elle permet d'opérer une juste redistribution du risque et de signaler clairement, sans interférence d'aucun autre facteur, les limites dans lesquelles celui-ci peut et est tenu d'agir dans la prévention du risque technologique, et ce en faveur du respect de la liberté d'agir de chacun⁴⁴⁸⁹. Alors, certes, ces objectifs ne sont atteignables, pour partie, que dans la mesure où la règle de responsabilité présente une dimension explicative satisfaisante et qu'elle puisse, sans

⁴⁴⁸² Voy. Partie I, Titre II.

⁴⁴⁸³ Voy. Partie II, Titre I, Chapitre 2.

⁴⁴⁸⁴ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., p. 3.

⁴⁴⁸⁵ Voy. Partie II, Titre II, Chapitre 2.

⁴⁴⁸⁶ Voy. Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 2.

⁴⁴⁸⁷ Voy. Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

⁴⁴⁸⁸ H. BELRHALI, « La responsabilité administrative ici et ailleurs : passerelles, clefs et pistes », *RFAP*, 2013, n° 147, p. 571

⁴⁴⁸⁹ Voy. Partie II, Titre I, Chapitre 1, Section 2, § 1.

difficulté s'insérer dans l'ordre juridique existant : « chaque loi étant une chaussée publique bien pavée sur laquelle on peut marcher avec assurance », il faut « que la voie nouvelle ne vienne pas couper et rendre impraticables les routes déjà établies »⁴⁴⁹⁰. Point nodal de cette étude, nous pensons toutefois avoir surmonté cette difficulté en tirant l'expérience des voies dégagées par certains droits étrangers et par la doctrine francophone et européenne. En limitant l'application de la règle de responsabilité à la réparation des dommages résultant de la réalisation d'un risque anormal caractérisant une activité à risque, tels que les dommages résultant de la réalisation du risque nucléaire de fusion, nous avons conféré une cause à l'obligation de réparer en préservant l'équilibre nécessaire à toute règle de responsabilité. Et en conférant un fondement explicatif subjectif à la responsabilité de l'exploitant et en l'assortissant d'un mécanisme de « canalisation » édulcorée, nous pensons avoir préservé la responsabilité du « gauchissement »⁴⁴⁹¹ que lui aurait provoqué la réception du risque technologique.

Certes, il est permis de penser que la proposition est perfectible. Il est permis de penser que la question de la responsabilité du fait des activités à risque telle qu'appréhendée par le prisme des activités de fusion constitue une caisse de résonance sur laquelle nous n'avons pas assez frappé. Assurément, il est encore des questions qui restent suspens, telle que celle de la capacité de l'assurance à faire face à des risques à la réalisation incertaine et à l'ampleur dommageable peu perceptible comme cela pourrait être le cas du risque nucléaire de fusion sans mécanisme d'assurance obligatoire et sans limitation du *quantum* de la responsabilité⁴⁴⁹². Corrélativement, il en a été de même de l'institution d'un fonds de garantie destiné à se substituer aux exploitants disparus ou défaillants, et notamment lorsque les dommages surviennent si tardivement qu'il n'y a plus moyen de rechercher une quelconque réparation, ou même que les risques surviennent si tardivement qu'il y a plus aucune responsabilité à rechercher⁴⁴⁹³. Mais susciter la réflexion, la controverse, est le but de tout travail doctoral, sinon même, doctrinal. Et parce qu'il est, comme nous l'avons évoqué quelques lignes plus hautes, pas interdit « de glaner derrière les moissonneurs », cette thèse sera peut-être l'occasion de nouveaux travaux. La problématique du risque nucléaire de fusion est encore nouvelle, et il reste encore des risques, nous n'aurons pas peur d'être cyniques, « en réserve »⁴⁴⁹⁴. Surtout, elle appelle une mobilisation de toutes les matières, effaçant les frontières entre le droit international, le droit interne, et le droit privé et le droit public. Sur ce point, cette thèse en aura, au moins, été un témoignage.

⁴⁴⁹⁰ M. HAURIU, *Précis de droit public*, p. 239 cité par L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, op. cit., p. 582.

⁴⁴⁹¹ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 1.

⁴⁴⁹² Voy. Partie II, Titre I, Chapitre 2.

⁴⁴⁹³ Voy. Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 1, § 1, A.

⁴⁴⁹⁴ M. WATHELET, « Les préoccupations de l'homme politique » in *La réparation des dommages catastrophiques*, op. cit., p. 7.

« Les deux hommes se toisèrent quelques instants, à travers les yeux de l'autre qui exprimaient un mélange identique de stupeur, de surprise et d'effroi. Avant même que l'un ou l'autre ne puisse ouvrir la bouche, ils furent tous deux confrontés à un phénomène tout à fait extraordinaire : ils sentirent leur esprit quitter le corps qui leur avait servi de véhicule pendant quelques heures et, en un instant, réintégrer celui qu'ils avaient, jusque-là, toujours connu. C'est ensuite avec leurs propres yeux qu'ils purent contempler le visage qu'ils arboraient quelques secondes plus tôt, où l'effroi avait été remplacé par une expression intense de soulagement. Les deux juristes sentirent au même moment la nécessité de s'asseoir pour éviter de défaillir, sans pour autant se quitter du regard [...] Tous deux savaient qu'ils ne seraient plus jamais comme avant.

À ce moment, la dernière phrase proférée par la vieille folle avant qu'ils sombrèrent tous deux dans l'inconscience leur revint à l'esprit, aussi clairement que si elle était debout devant eux :

“Imbéciles ! N'avez-vous donc pas compris que le droit a besoin de la justice et que celle-ci exige de pouvoir se mettre à la place de l'autre ?”

La réunion pouvait commencer ».

J. VAN MEERBEECK, « Dans la peau d'un privatiste », *RIDJ*, 2019/1, vol. 82, p. 103.

BIBLIOGRAPHIE THÉMATIQUE

DICIONNAIRES ET OUVRAGES MÉTHODOLOGIQUES

A

AIEA, *Glossaire de sûreté de l'AIEA, Terminologie employée en sûreté nucléaire et radioprotection*, Vienne, Ed. AIEA, 2007, 223 p.

ALLAND, D., Rials, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF., 2019, 1680 p.

B

BASDEVANT, J., *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 755 p.

BERGEL, J.-L., *Méthodologie juridique, Fondamentale et appliquée*, 3e éd., Paris, PUF, 2018, 484 p.

C

CADIET, L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, 1362 p.

CORNU, G., (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2017, 1103 p.

CORTEN, O., *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, 292 p.

D

DU PASQUIER, C., *Introduction à la théorie générale à la philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1937, 373 p.

E

EISENMANN, C., *Cours de droit administratif*, T.II, Paris, LGDJ, 1983, 910 p.

H

HANSEN-LØVE, L., (dir.), *La philosophie de A à Z (nouvelle édition) : les auteurs, les œuvres et les notions*, Paris, Hatier, 2021, 544 p.

L

LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 18^e éd., Paris, PUF, 2010, 1380 p.

S

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

OUVRAGES ET THÈSES

A

ABRAHAM, M., *Nuclear Liability : A Key Component of the Public Policy Decision to Deploy Nuclear Energy in Southeast Asia*, Cambridge, American Academy of Arts and Sciences, 2014, 60 p.

AEN/OCDE, *La responsabilité civile et l'assurance – Symposium de Munich 1984*, Paris, Éd. OCDE, 1985, 457 p.

AEN/OCDE, *Responsabilité et réparation des dommages nucléaires – Une perspective internationale*, Paris, Éd. OCDE, 1994, 219 p.

AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Éd. OCDE, 2000, 675 p.

AEN/OCDE, *Méthodes d'évaluation des conséquences économiques des accidents nucléaires*, Paris, Éd. OCDE, 2000, 124 p.

AEN/OCDE, *Indemnisation des dommages en cas d'accident nucléaire, Compte rendu d'un atelier*, Paris, Éd. OCDE, 2001, 417 p.

AEN/OCDE, *Gestion et prolongation de la durée de vie des centrales nucléaires*, Paris, Ed. OCDE, 2006, 65 p.

AEN/OCDE, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, Paris, Ed. OCDE, 2010, 467 p.

AEN/OCDE, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, Paris, Ed. OCDE, 2006, 270 p.

AIEA, *Civil Liability for Nuclear Damage, Official Records International Conference*, Vienne, 29 avril-19 mai 1963, Vienne, AIEA, 1964, 544 p.

AIDN, *Nuclear Inter Jura 2007*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 1400 p.

AHLIDJA, M.G., *Indemnisation et responsabilité sans faute en droit administratif français*, Poitiers, Presse Universitaire Juridique de l'Université de Poitiers, 2018, 514 p.

ALBERT-MORETTI, N., LEDUC, F., SABARD, O., *Droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle, Étude comparée*, Paris, LexisNexis, 2017, 286 p.

- ALBONETTI, A., BELSER, W. E. et a., *Droit nucléaire européen : colloque de droit nucléaire européen du 5-6 mai 1966*, Paris, PUF., 1968, 268 p.
- ALEXANDRE, D., HUET, A., *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2020, 272 p.
- ANZILOTTI, D., *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*, Paris, Dalloz, Coll. Tiré à part, 2012, 122 p.
- AMBROSIO, L., GUIDICELLI-DELAGE, G., MANACORDA, S., *Principe de précaution et métamorphose de la responsabilité*, Paris, Mare & Marin, 2018, 360 p.
- AMSELEK, P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit. Essai de phénoménologie juridique*, Paris, LGDJ, 1964, 464 p.
- ANCEL, B., *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2017, 624 p.
- ANCEL, B., LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd, Paris, Dalloz, 2006, 832 p.
- ANNUNZIATA, G., *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Padova, CEDAM, 2010, 556 p.
- ANTOINE, A., OLSON, T., *La responsabilité de la puissance publique en droit comparé*, Paris, Société de Législation Comparée, 2017, 552 p.
- ANZILLOTI, D., ALLAND, D., *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers*, Paris, Dalloz, 2012, 109 p.
- ARBOUR, J.-M., LAVALLÉE, S., SOHNLE, TRUDEAU, H., *Droit international de l'environnement*, 3^e éd., t. 2, Québec, Anthémis, 2016, 1570 p.
- ARNOUX, R., JACQUINOT, J., *ITER : le chemin des étoiles ?* Aix-en-Provence, Edisud, 2006, 192 p.
- ARRUE MONTENEGRO, C. A., *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridiction*, Paris, LGDJ, 2011, 582 p.
- ATIAS, C., *Philosophie du droit*, Paris, 2^{ème} éd, PUF, 2004, 416 p.
- ATIAS, C., *Questions et réponses en droit*, Paris, PUF, 2009, 260 p.
- AUBERT, J.-L., FLOUR, J., SAVAUX, E., *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, Paris, Sirey, 2011, 534 p.
- AUBRY, C., RAU, C., *Cours de droit civil français*, 4^e éd, t. IV, Paris, Marchal Billard, 1871, 628 p.
- AUBY, J.-M., BON, P., TERNEYRE, P., *Droit administratif des biens*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2020, 768 p.

AUDIT, B., *Droit international privé*, Paris, Economica, 2010, 1013 p.

AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 2007, 547 p.

AYNÈS, L., MALAURIE, P., STOFFEL-MUNCK, P., *Droit des obligations*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2020, 895 p.

B

BACACHE- GIBEILL, M., *Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, 1097 p.

BALAT, N., *Essai sur le droit commun*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2014, 520 p.

BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., et autres, *La réparation des dommages catastrophiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 579 p.

BALLENEGER, J., *La pollution en droit international*, Genève, Droz, 1975, 272 p.

BARBIER, H., GHESTIN, J., *Introduction générale, Traité de droit civil*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2018, 958 p.

BARBIER, H., *La liberté de prendre des risques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, 620 p.

BARRY, J., *L'énergie nucléaire face au droit*, Cours, Aix en Provence, t. II,

BASCOULERGUE, A., *Le caractère du préjudice réparable : réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, 481 p.

BASTID, S., *Les traités dans la vie internationale—Conclusion et effets*, Paris, Economica, 1985, 303 p.

BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, Paris, LGDJ, 1983, 692 p.

BAUCOMONT, M., DÉPREZ, D., LONDON, C., *Le Lamy environnement - installations classées*, Paris, Wolters Kluwer, 2021.

BAUDEL, J.-M., FOURVEL, J., (dirs.), *Les recours collectifs : études comparées*, Paris, Société de Législation comparée, 2006, 145 p.

BAUMANN, P., *Le droit à un environnement sain au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Nantes, 2018, 614 p.

BELLA, F., *Les choses dangereuses dans les contrats privés*, thèse, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2015, 332 p.

- BELLET, P., TUNC, A., (dirs.), *La cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, Paris, Economica, 1978, 510 p.
- BELRHALLI, H., *Responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 2017, 492 p.
- BELSER, W.E., *Atomversicherungrechtliche Fragen unter Berücksichtigung der internationalen Konventionen*, Göttingen, 1963, 584 p.
- BEN ACHOUR, R., LAGHAMI, S., (dirs.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1999, 318 p.
- BEN ACHOUR, R., LAGHAMI, S., (dirs.), *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Paris, Pedone, 2002, 286 p.
- BENABENT, A., *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, 740 p.
- BENOIT, F.-P., *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative*, Paris, Sirey, 1946, 159 p.
- BENTIROU-MATHLOUTI, R., *Le droit à un environnement sain*, thèse, Université de Grenoble-Alpes et Université de Neuchâtel, 2018, 572 p.
- BENTOGLIO, G., BETPÈZE, J.-P., *L'État et l'assurance des risques nouveaux – Exercice prospectif*, Paris, La Documentation française, 2005, 128 p.
- BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2012, 399 p.
- BERGÉ, J.-S., *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, 380 p.
- BERGKAMP, L., *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, Kluwer Law International, La Haye, 2001, 708 p.
- BERRY, E., GANTSCHING, D., GATTI, L., VEILLON, D., (dirs.), *Les responsabilités : Université d'été 2017*, Poitiers, Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, 2018, 262 p.
- BERTOLASO, S., *Le déclin de l'assurance de responsabilité*, thèse, Université de Bordeaux, 1996, 619 p.
- BESSON, A., PICARD, M., *Les assurances terrestres : Le contrat d'assurance*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 1982, 870 p.
- BETTE, A., DIDIER, J.-M., FORNASIER, R., STEIN, R.M., *La réparation des dommages nucléaires en Europe : Régime institué par la Convention de Bruxelles du 31 janvier 1963 complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, Bruxelles (sans éditeur), 1965, 103 p.

- BEURIER, J.-P., *Droit international de l'environnement*, 5^e éd., Paris, Pedone, 2017, 628 p.
- BEYENS, M., DENIS, P., REYNERS, P., *Prospect of a civil nuclear liability regime in the framework of the European Union: proceedings*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 207 p.
- BIENVENU, J.-J., *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois: sa nature, sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Université Paris II, 1979, 2 vol.
- BIGOT, J., HEUZÉ, V. et autres, *Traité de droit des assurances : le contrat d'assurance*, tome 3, Paris, LGDJ, 2014, 1760 p.
- BJORGE, E., *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, OUP, 2014, 213 p.
- BLOCH, C., *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008, 674 p.
- BLOCH, L., *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, thèse, Bordeaux, 2003, 375 p.
- BOLLECKER, B. *La réparation du dommage et la théorie de la responsabilité internationale*, tome 1, thèse, Paris, 1970, 382 p.
- BOLTANSKI, L., *La souffrance à distance. Morale humanitaire, médias et politiques*, Paris, Métailié, 1993, 288 p.
- BON, P.-A., *La causalité en droit pénal*, Poitiers, Ed. Université de Poitiers, 2005, 369 p.
- BONIN, B. (dir.), *Les déchets nucléaires : État des lieux et perspective*, Les Ulis, EDP Science, 2011, 294 p.
- BONNAMOUR-DE CLAVIÈRE, B., *Le dommage en droit international privé européen. Réflexions à partir du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles*, thèse, Lyon III, 2011, 657 p.
- BONNET, B., (dir.), *Traité des rapports entre les ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, 1819 p.
- BORÉ-EVENO, V., *L'interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, thèse, Paris II, 2004, 636 p.
- BORGHETTI, J.-S., FABRE-MAGNAN, M., GHESTIN, JOURDAIN, P., et autres, *Études offertes à Geneviève Viney : Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 2008, 919 p.
- BOSKOVIC, O., (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement, Mise en œuvre et sanctions*, Paris, Dalloz, 2010, 144 p.
- BOTTARO, F., *La réparation publique des dommages causés par une personne privée*, thèse, Paris II, 2004, 489 p.
- BOULOISEAU, M., LEFEBVRE, G., SOBOUL, A., (dirs.), *Œuvres de Maximilien Robespierre*, t. 6, Paris, PUF., 1950, 703 p.

- BOUREL, P., LOUSSOUARN, Y., DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P., *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2013, 1170 p.
- BOUTONNET, M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2005, 695 p.
- BOYER-CAPELLE, C., *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, Montpellier, 2009, 732 p.
- BRÉRO, N., *L'assurance et l'accès à la justice (Approche critique)*, thèse, Nice, 1994, 404 p.
- BRIGANDI, V. G., *Attività pericolosa. Un classico tra i concetti normativi*, Turin, Giappichelli, 2018, 134 p.
- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 7^e éd., Oxford, OUP, 2008, 784 p.
- BRUN, P., (dir.), *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle : bilan prospectif*, RCA, Paris, Lexis Nexis, 2001, 93 p.
- BRUN, P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, 464 p.
- BRUNENGO-BASSO, S., *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, thèse, Aix-Marseille Université, 2009, 344 p.
- BUFFELAN-LANORE, Y., LARRIBAU-TERNEYRE, V., *Droit civil : les obligations*, 16^e éd., Paris, Sirey, 2018, 1269 p.
- BUREAU, D., MUIR WATT, H., *Droit international privé*, Paris, PUF, 2021, 712 p.
- BUSNELLI, F.D., PATTI, S., *Danno e responsabilità civile*, 3^e éd., Torino, Giappichelli, 2013, 408 p.
- C**
- CADIET, L., CLAY, T., *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, Dalloz, 2019, 180 p.
- CADIET, L., *Le préjudice d'agrément*, thèse, Poitiers, 1983, 682 p.
- CADIET, L., NORMAND, J., AMRANI, S., *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2020, 950p.
- CALABRESI, G., *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970, 350 p.
- CALDERARO, N., *Le principe de précaution : au carrefour de la philosophie, du droit et des sciences*, Paris, L'Harmattan, 2015, 174 p.
- CAMGUILHEM, B., *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, 490 p.
- CAMIER, M.-C., *Responsabilité et assurances du risque atomique dans les droits européens*, Thèse, Dijon, 1960, 204 p.

- CANDEILLES, N., *Risques et assurances de responsabilité civile*, 6^e éd., Anthony, L'Argus de l'assurance 2012, 426 p.
- CANS, C., (dir.), *La responsabilité environnementale*, Paris, Dalloz, 2009, 448 p.
- CAPART, R., BOCKOURT, J., *Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurance : liber amicorum Noël Simar*, Limal, Anthemis, 2013, 590 p.
- CARBONNIER, J., *Droit civil : les obligations*, t. 4, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, 665 p.
- CARBONNIER, J., *Droit civil, Les biens*, t. 3, 19^e éd., Paris, PUF, 2000, 398 p.
- CARBONNIER, J., *Droit civil*, t.2, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, 432 p.
- CARBONNIER, J., *Essai sur les lois*, 2^e éd., Paris, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, 176 p.
- CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, 493 p.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre*, Paris, Publications du Comité national d'action pour la réparation intégrale des dommages causés par la guerre, 1915, 24 p.
- CARVAL, S., JOURDAIN, P., VINEY, G., *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd. Paris, LGDJ, 2013, 1316 p.
- CARVAL, S., JOURDAIN, P., VINEY, G., *Les effets de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2017, 880 p.
- CARVAL, S., JOURDAIN, P., VINEY, G., *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2017, 688 p.
- CARVAL, S., *La construction de la responsabilité civile*, Paris, PUF, 2001, 408 p.
- CARVAL, S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995, 415 p.
- CASSON, P., *Les fonds de garantie*, Paris, LGDJ, 1999, 257 p.
- CATALA, P., (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006, 208 p.
- CAYOT, M., *Le préjudice économique pur*, Paris, Institut Universitaire de Varennes, 2017, 654 p.
- CEA, *Droit nucléaire*, Paris, Ed. Eyrolles, 1979, 93 p.
- CHABAS, F., *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à la réparation*, Paris, LGDJ, 1967, 224 p.
- CHAINAIS, C., FERRAND, F., GUINCHARD, S., MAYER, L., *Procédure civile*, 35^e éd., Paris, Dalloz, 2020, 1866 p.

- CHALAS, C., *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, 753 p.
- CHANAKI, A., *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 444 p.
- CHANTEPIE, G., LATINA, M., *La réforme du droit des obligations : commentaires théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, 1093 p.
- CHAPUS, R., *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, 1426 p.
- CHAPUS, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*. Paris, LGDJ, 1954, réimp. La mémoire du droit, 2010, 584 p.
- CHARTIER, H., *Responsabilisation en droit des assurances de responsabilité civile*, Thèse, Orléans, 2003, 560 p.
- CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, 1050 p.
- CHATTERJEE, I., *Doctrine of Absolute Liability and its Application to Nuclear Liability*, Saarbrücken, LAP, 2015, 336 p.
- CHEMILLIER-GENDREAU, M., *Le rôle du temps dans la formation du droit international*, Paris, Pedone, 1987, 70 p.
- CLAESSENS, M., *ITER, étoile de la science : petite histoire d'un projet scientifique titanesque*, Plouharnel, les Editions du Menhir, 2018, 300 p.
- CLERC-RENAUD, L., *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, thèse, Université de Savoie, 2006, 560 p.
- COLANGELO, M., *La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose : l'interpretazione giurisprudenziale dell'art 2050 cc dal 1942 al 1987*, Colangelo, 2014, Format Kindle.
- COLAS, B., *L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et de l'environnement*, Paris, Ed. OCDE, 2012, 395 p.
- COLLECTIF, *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF., 1999, 868 p.
- COLLECTIF, *L'internationalisation du droit, Etudes offertes à Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, 416 p.
- COLLECTIF, *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, 708 p.
- COLLECTIF, *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilité et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, 638 p.

- COLONNA D'ISTRIA, F., *Temps et concept en droit des obligations : essai d'analyse méthodologique*, thèse, Aix-Marseille Université, 2009, 491 p.
- COMBACAU, J., SUR, S., *Droit international public*, 13^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2019, 896 p.
- CONSTANTINESCO, V., PIERRÉ-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, 2013, 535 p.
- CORNU, G., *Droit civil*, tome 1, Paris, Montchrestien, 1995, n° 1094
- CORNU, G., *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en Droit privé et en Droit public*, (1951), *remp.*, Paris, Ed. La mémoire du droit, 2010, pp. 274 et ss.
- CORNU, G., FOYER, J., *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, PUF, 1996, 780 p.
- CORTEN, O., KLEIN, P., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 2965 p.
- CORTEN, O., *Le discours du droit international pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009, 351 p.
- COSTA DE OLIVEIRA, C., *La réparation des dommages environnementaux en droit international*, Saarbrücken, Éditions Universelles Européennes, 2012, 687 p.
- COULÉE, F., *Droit des traités et non réciprocité : recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, thèse, Paris II, 1999, 620 p.
- COUTANT-LAPALUS, C., *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 591 p.
- CRAWFORD, J., PELLET, A., OLLESON, S., (dirs.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, OUP, 2010, 1376 p.
- CRUET, J., *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908, 344 p.

D

- D'AMBROSIO, L., GIUDICELLI-DELAGE, G., MANACORDA., (dirs.), *Principe de précaution et métamorphose de la responsabilité*, Paris, Mare & Martin, 2018, 360 p.
- DAILLIER, P., FORTEAU, M., PELLET, A., *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, 1709 p.
- DAMIAN, P., *Les temps nucléaires*, thèse, Université de Grenoble II, 1983, 486 p.
- DE LA RUE, C.M., *Liability for Damage to the Marine Environment*, London, Lloyd's of London Press, 1993, 268 p.

- DE LOS SANTOS LASURTEGUI, A., *Étude comparée d'une législation nationale et des Conventions internationales existantes sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire*, Vienne, avril 1968, PL-284
- DE SADELEER, N., *Le principe de précaution dans le monde*, Paris, Fondation Jean-Jaurès, 2011, 37 p.
- DE SADELEER, N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution - Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 437 p.
- DE VATTEL, E., *Le droit des gens ou principe de la loi naturelle* (1758), Neufchâtel, éd. 1773, Livre II, 407 p.
- DE VISSCHER, C., *Problèmes de Confins en droit international public*, Paris, Pedone, 1969, 200 p.
- DE VISSCHER, C., *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.
- DE VISSCHER, C., *Théories et réalités en droit international public*, 3^e éd., Paris, Pedone, 1960, 534 p.
- DEBET, A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, 1014 p.
- DEBIEUX, C., *La responsabilité civile des exploitants d'installation nucléaire et sa couverture*, thèse, Université de Fribourg, 1986, 211 p.
- DECAUX, E., DE FROUVILLE, O., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2020, 643 p.
- DECAUX, E., *La réciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980, 374 p.
- DEGAN, V.-D., *L'interprétation des accords en droit international*, La Haye, Martinius Nijhoff, 1963, 176 p.
- DEGUERGUE, M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1994, 906 p.
- DEHARBE, D., *Le droit de l'environnement industriel, 10 ans de jurisprudence*, Paris, Litec, 2002, 416 p.
- DEHAUSSY, J., *Propos sur les sources du droit international : l'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Pedone, 2017, 559 p.
- DEJEAN DE LA BÂTIE, N., *Droit civil français par Aubry et Rau, Responsabilité délictuelle*, tome VI-2, 8^{ème} éd., Paris, Librairies techniques, 1989, 377 p.
- DELAUNAY, B., *La faute de l'administration*, Paris, LGDJ, 2007, 474 p.
- DELMAS-MARTY, M., *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 304 p.
- DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.

- DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 306 p.
- DELVOVÉ, P., *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, 468 p.
- DEMARIA, T., *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, Thèse, Aix-Marseille Université, 2017, 522 p.
- DEMICHEL, A., *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, 220 p.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général, Source des obligations*, t. IV, Paris, Rousseau, 1931, 586 p.
- DENIMAL, M., *La réparation intégrale du préjudice corporel : réalités et perspective*, thèse, Lille2, 2016, 597 p.
- DEROUSSIN, D., *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, 916 p.
- DEVRIENT, J.-N., *La responsabilité civile et l'assurance à raison du risque nucléaire*, Genève, Imprimerie La Tribune de Genève, 1964, 156 p.
- DJEFFAL, C., *Static and Evolutive Interpretation*, Cambridge, CUP, 2015, 452 p.
- DOBBS, D., HAYDEN, P., BUBLICK, E., *Torts and compensation*, 8^{ème} ed., West Academic Publishing, 2016, 763 p.
- DORLENCOURT-DETRAGIACHE, D., *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, thèse, Paris II, 1972, 984 p.
- DÖRR, O., SCHMALENBACH, K., (dirs.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, 1423 p.
- DRAGO, G., FRANÇOIS, B., MOLFESSIS, N., (dirs.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 415 p.
- DUBOIS, C., *Responsabilité civile et responsabilité pénale – À la recherche d'une cohérence perdue*, thèse, Paris II, 2014, 558 p.
- DUBOUISSON, B., JOURDAIN, P., *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle : étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 1135 p.
- DUEZ, P., *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, rééd., Paris, Dalloz, 2012, 350 p.
- DUFFULER-VIALLE, H., *La nouvelle place de la victime au sein du procès pénal, État de l'art des publications depuis les années 2000*, GIP, Droit et Justice, 2016, 127 p.
- DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, réimp. 1999, 285 p.

- DUMERY, A., *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Paris, L'Harmattan, 2011, 502 p.
- DUPEYROUX, H., *Faute personnelle et faute de service public, étude jurisprudentielle sur la responsabilité de l'administration et de ses agents*, thèse, Paris, 1922, 294 p.
- DUPONT, A.-S., *Le dommage écologique. Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel*, Genève, Schulthess, 2005, 320 p.
- DUPUY, J.-P., *Pour un catastrophisme éclairé*, Paris, Seuil, 2002, 224 p.
- DUPUY, P.-M., KERBRAT, Y., *Droit international public*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2014, 921 p.
- DUPUY, P.-M., *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976, 309 p.
- DURAND-POUDRET, E., *L'évolution du droit international face aux risques posés par les accidents nucléaires*, thèse, Aix-Marseille Université, 2017, 529 p.
- E**
- EISENMANN, P.-M., PAZARTZIS, P., *La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2008, 1007 p.
- ELIACHEFF, C., SOULEZ-LARIVIÈRE, D., *Le temps des victimes*, Paris, Albin Michel, 2007, 295 p.
- EL BOUDOUHI, S., *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 359 p.
- EL SAWAH, S., *Les immunités des États et des organisations internationales*, Bruxelles, Larcier, 2011, 878 p.
- EL SHAARAOU, Z., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité dans le domaine nucléaire*, thèse, Paris 1, 1981, 700 p.
- ENGEL, L., *La responsabilité en crise*, Paris, Hachette, 1995, 142 p.
- ESTRELA BORGES, L., *Les obligations de prévention dans le droit international de l'environnement, et ses conséquences dans la responsabilité internationale*, Paris, L'Harmattan, 2016, 636 p.
- ETIER, G., *Du risque à la faute - Évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Genève, Shulthess, 2006, 344 p.
- EWALD, F., GOLLIER, C., DE SADELEER, N., *Le principe de précaution*, 2^{ème} éd., Paris, PUF., 2008, 127 p.
- EWALD, F., *L'État Providence*, Paris, Grasset, 1986, 608 p.

E

- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations – Responsabilité civile et quasi-contrats*, 4^{ème} éd., Paris, PUF, 2019, 523 p.
- FALLON, D. *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2014, 536 p.
- FALLON, M., LAGARDE, P., POILLOT-PERUZETTO, S., (dirs), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009, 198 p.
- FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*, vol. 3, 8^{ème} éd., Paris, Rousseau, 1926, et tome I, Partie I, Paris, Rousseau, 1922, 1070 p.
- FAURE, M., HARTLIEF, T., *Assurance et expansion des risques systémiques*, vol. 5, Ed. OCDE, 2003, 288 p.
- FAURE, M., *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 362 p.
- FAVIER, J., *La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi-délictuelle*, thèse, Paris, 1951.
- FAYZI CHAKAB, G.N., *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises selon les règles de La Haye de 1924 et de Hambourg de 1978*, thèse, Université de Nice, 1999, 500 p.
- FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, vol. 1827-1828, T. XIII, éd. BNF, 2017, 834 p.
- FERREIRA, J.-P., *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, Paris, Dalloz, 2020, 704 p.
- FERRERO, J., *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme – Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, Paris, Pedone, 2019, 620 p.
- FINN, S.E., *L'action collective au Québec*, Edition Yvon Blais, 2016, 213 p.
- FIORÉ, K., *Industrie nucléaire et gestion du risque d'accident en Europe*, Saarbrücken, Ed. Universitaires Européennes, 2011, 363 p.
- FIORÉ, P., *Droit international codifié*, Paris, Pedone, 1911, 893 p.
- FISCHERHOF, H., *Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht*, vol. II, Baden-Baden, 1966, 347 p.
- FITZMAURICE, M., OLUFEMI, E., MERKOURIS, P., *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 382 p.

FLISE, L., JEULAND, E., *Le procès civil est-il toujours la chose des parties ?*, Paris, IRJS Ed. , 2015, 162 p.

FOURNIR DE CROUY, N., *La faute lucrative*, Paris, Economica, 2018, 498 p.

FRANCIONI, F., SCOVAZZI, T., *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, 512 p.

FRANK, A., *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Paris, L'Harmattan, 2008, 461 p.

FRANZONI, M., *Commentario del codice civile. Fatti illeciti, Art. 2043-2059*, Bologna, Zanichelli, 1993, 1344 p.

FRYDMAN, B., *Le sens des lois : Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, 708 p.

G

G'SELL-MACREZ, F., *Recherches sur la notion de causalité*, thèse, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2005, 745 p.

GADKOWSKI, T., *International Liability of State for Nuclear Damage*, Delft, Eburon Publishers, 1989, 150 p.

GARCIA, J., *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Montpellier, 2015, 781 p.

GARCIA, K., *Le droit civil européen*, Bruxelles, Larcier, 2008, 674 p.

GARDINER, R., *Treaty Interpretation*, Oxford, OUP, 2008, 407 p.

GAUDEMET, Y., *Droit administratif des biens*, 15^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2014, 704 p.

GAZZANIGA, J.-L., *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, 297 p.

GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif : essai critique*, éd. originale 1919, tome II, Paris, L.G.D.J., 2016, 278 p.

GIRARD, B., *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2015, 402 p.

GIROD, P., *La réparation du dommage écologique*, Paris, LGDJ, 1974, 288 p.

GODARD, O., HENRY, C., LAGADEC, P., MICHEL-KERJAN, E., *Traité des nouveaux risques. Précaution, crise et assurance*, Paris, Gallimard, 2002, 620 p.

- GODEFROY, A., *Les préjudices psychologiques en droit de la responsabilité civile*, Thèse, Aix-Marseille Université, 2016, 465 p.
- GOLLARD, F., *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français*, thèse, Paris II, 1995, 389 p.
- GORDON, C., *De la causalité en matière délictuelle et quasi-délictuelle en droit anglais*, Thèse d'Etat, Aix Marseille, 1965, 224 p.
- GRARE, C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 2005, 436 p.
- GRAYOT, S., *Essai sur le rôle des juge civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Paris, LGDJ, 2009, 658 p.
- GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IRJS Ed., 2012, 957 p.
- GROS, F., *Le principe de sécurité*, Paris, Gallimard, 2012, 304 p.
- GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], trad. par P. PRADIER-FODÉRE, Paris, PUF, 1999, 868 p.
- GROUTEL, H., LEDUC, F., PIERRE, P., ASSELAIN, M., *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LexisNexis, 2008, 1848 p.
- GUÉGAN-LÉCUYER, A., *Dommages de masse et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006, 516 p.
- GUETTIER, C., *La responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1996, 192 p.
- GUEZOU, O., MANSON, S., (dirs.), *Droit public et nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 305 p.
- GUIAVARC'H, G., *Abstention et obligation d'agir en droit public. Recherche sur l'incomplétude du droit et l'obligation de création des normes*, thèse, Rennes I, 1995, 597 p.
- GUINCHARD, S., *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2021, 2640 p.
- GUTMAN, D., *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2009, 327 p
- GUYOMARCH, N., *L'équité dans la responsabilité administrative extra-contractuelle*, thèse, Toulouse 1, 2005, 468 p.

H

- HAFTEL, B., *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2020, 388 p

- HAGE-CHAHINE, N., *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2017, 476 p.
- HALPERIN, J., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF., 2001, 416 p.
- HAMIDOU, M., *L'obligation d'agir des personnes publiques*, thèse, Toulouse 1, 2005, 552p.
- HAMON, F., TROPER, M., *Droit constitutionnel*, 39^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2018, 898 p.
- HANNOUN, C., *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991, 321 p.
- HARPER, F., JAMES, F., *The law of tort*, vol. 2, Boston et Toronto, 1956, 2062 p.
- HART, H.L.A., HONORÉ, T., *Causation in the law*, Oxford, 2^{ème} éd., OUP, 1985, 454 p.
- HARTLIEF, T., *Assurance et expansion des risques systémiques*, vol. 5, Ed. OCDE, 2003, 288 p.
- HARVARD LAW SCHOOL/ATOMIC INDUSTRIAL FORUM, (dir.), *International Problems of Financial Protection Against Nuclear Risk* (« *Harvard Report* »), 1959, New York, 95 p.
- HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1150 p.
- HAUTEREAU-BOUTONNET, M., (dir.), *Après Fukushima, regards juridiques franco-japonais*, Aix-en- Provence, PUAM, 2014, 155 p.
- HAUTEREAU-BOUTONNET, M., *Le Code civil, un code pour l'environnement*, Paris, Dalloz, 2021, 191 p.
- HAVEL, V., *Méditations d'Été*, Paris, Éditions de l'Aube, 1998, 164 p.
- HÉBERT, J., *La responsabilité au sens du droit nucléaire*, t. 2, Paris, 1962, 400 p.
- HELDT, T., *A European Legal Framework for Nuclear Liability. Rethinking Current Approaches*, Cambridge, Intersentia, 2015, 247 p.
- HÉMARD, J., *Théorie et pratique des assurances terrestres. I. La notion, l'évolution, la science de l'assurance terrestre*, Paris, Sirey, 1924, 712 p.
- HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016, 1705 p.
- HENRIOT, G.-C., *Le dommage anormal, Contribution à l'étude d'une responsabilité de structure*, Paris, Cujas, 1960, 76 p.
- HERMET, A., *La convergence des pratiques conventionnelles internationales : Étude du rôle des traités dans la formation de la coutume*, Paris, Pedone, 2021, 486 p.

HIRSH, M., *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 220 p.

HOBBS, T., *Leviathan*, 1651, trad. F. TRICAUD, Paris, Sirey 1992, 474 p.

HOCHMANN, T., REINHARD, J., (dir) *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2018, 218 p.

J

JAEGER, L., *Nucléaire et santé : recherche sur la relation entre le droit nucléaire et le droit de la santé*, Thèse, Aix-Marseille Université, 2014, 564 p.

JENKS, C.-W., *Space Law*, Londres, Stevens & Sons, 1965, 476 p.

JESSUP, P., *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, Pp 113

JESTAZ, P., *Les sources du droit*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015, 198 p.

JÈZE, G., *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, 1925, réimp. Paris, Dalloz, 2005, 486 p.

JOKL, M., *De l'interprétation des traités normatifs d'après la doctrine et la jurisprudence internationales*, Paris, Pedone, 1935, 194 p.

JOSSERAND, L., *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Rousseau, 1897, 152 p.

JOURDAIN, P., *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2020, 200 p.

JULIEN, J., *La responsabilité du fait d'autrui : ruptures et continuité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 526 p.

KACZMAREK, L., *La responsabilité pour fait normal*, Paris, EPU, 2012, 668 p.

KELSEN, H., *Principles of International Law*, New-York, Rhinehart & Company, 1952, 461 p.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., 1960, réimpr. Paris, LGDJ, 1999, 376 p.

KIRAT, T., (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regard sur le droit en action*, Paris, LGDJ, 2003, 270 p.

KISS A.-C., *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Tome 1, Paris, CNRS, 1962, 517 p.

KISS, A.-C., *L'abus de droit en droit international*, Paris, LGDJ, 1953, 200p.

- KISS, A.-C., SHELTON, D., *International Environmental law*, Londres, Graham and Trotman, 1991, 541 p.
- KISSICH, S., *Internationales Atomhaftungsrecht: Anwendungsbereich und Haftungsprinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 339 p.
- KLEIN, P., *La responsabilité des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 673 p.
- KNETSCH, J., *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, Paris, LGDJ, 2013, 620 p.
- KOCH, B.A., KOZIOL, H. et autres, *Unification of tort law : strict liability*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, 480 p.
- KOLB, R., *Interprétation et création du droit international : Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 959 p.
- KOLB, R., *La bonne foi en droit international public*, Paris, PUF, 2000, 756 p.
- KOLB, R., *La Cour internationale de justice*, Paris, Pedone, 2013, 1356 p.
- KOLB, R., *The Law of Treaties: An Introduction*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham/Northampton, 2016, 296 p.
- KOLB, R., *Théorie du droit international*, 2^{ème} éd., Bruylant, Bruxelles, 2013, 830 p.
- KOURILSKY, P., VINEY, G., *Le principe de précaution. Rapport au premier ministre*, Paris, La Documentation française, 2000, 405 p.
- KRÜSE, H., *Legal Aspects of the Peaceful Utilisation of Atomic Energy*, Berlin, Herne Verl Neue Wirtschafts-Briefe, 1962, 111 p.
- KUHN, T., *La structure des révolutions scientifiques* (1962), trad. L. Meyer, Paris, Flammarion, 1983, 246 p.
- KULLMANN, J., (dir.), *Le Lamy Assurance*, Saint-Ouen, Wolters Kluwer, 2021, 2382 p.

L

- LACHAUME, J.F., PAULIAT, H., DEFFIGIER, C., *Droits des services publics*, Paris, LexisNexis, 2018, 793 p.
- LACROIX, C., *La réparation des dommages en cas de catastrophe*, Paris, LGDJ, 2008, 414 p.
- LAGRANGE, E., SOREL, J.-M., (dirs), *Droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, 1248 p.
- LALOU, H., *La responsabilité civile : principes élémentaires et applications pratiques*, Paris, Dalloz, 1928, 479 p.

- LAMBERT-FAIVRE, Y., LEVENEUR, L., *Droit des assurances*, 14^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2017, 930 p.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., PORCHY-SIMON, S., *Droit du dommage corporel*, Paris, Dalloz, 2015, 978 p.
- LAPEROU, B., *Responsabilité civile et imputabilité*, Lille, ANRT, 1999, 467 p.
- LARROUMET, C., *Réflexions sur la responsabilité civile. Évolution et problèmes en droit comparé*, Montréal, Université Mc Gill, 1983, 134 p.
- LASCOUMES, P., *L'écopouvoir. Environnements et politiques*, Paris, La Découverte, 1994, 317 p.
- LASSEZ, M.-J., *L'évolution des idées en matière de responsabilité civile au XIX^{ème} siècle*, thèse, Paris, 1961, 280 p.
- LATOURNERIE, R., *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, Paris, LGDJ, 1945, 182 p.
- LAUGIER-DESLANDES, S., *Les méthodes d'interprétation du juge français face au droit international*, Thèse, Paris I, 2001, 640 p.
- LAUTERPACHT, H., *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens and Sons Limited, 1958, 408 p.
- LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, réimpr. 2011, 528 p.
- LAVAL, G., (dir.), *La fusion nucléaire : de la recherche fondamentale à la production d'énergie ?* Les Ulis, EDP Sciences, 2007, 251 p.
- LAVAL, G., *L'énergie bleue, histoire de la fusion nucléaire*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2007, 288 p.
- LAVIEILLE, J.-M., BÉTAILLE, J., PRIEUR, M., *Les catastrophes écologiques et le droit : échec du droit, appel au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 599 p.
- LAW COMMISSION, *Civil liability for Dangerous Things and Activities*, Law. Com No 32, Cmnd 142, 1970a.
- LE COUVIOUR, K., *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, 829 p.
- LE ROY, L., *Indemnisation du dommage corporel et évolution de la responsabilité civile*, thèse, Nice, 2003, 459p.
- LE TOURNEAU, P., (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2020, 2854 p.

- LEBEN, C., CARON, D., *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, 865 p.
- LECA, J., *Les techniques de révision des conventions internationales*, Paris, LGDJ, 1961, 379 p.
- LEDUC, F., *La responsabilité du fait des choses, réflexion autour d'un centenaire*, Paris, Economica, 1997, 174 p.
- LEFEBER, R., *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 365 p.
- LEGEAIS, R., *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 2^e éd., Paris, Litec, 2008, 494 p.
- LEHOT, M., *Le renouvellement des sources internes du droit de la responsabilité et le renouveau du droit de la responsabilité*, thèse, Le Mans, 2001, 892 p.
- LELEU, T., *Essai de restructuration de la responsabilité publique : à la recherche de la responsabilité sans fait*, Paris, LGDJ, 2014, 448 p.
- LEMEY, M., *L'abus de droit en droit international public*, Paris, LGDJ, 2021, 496 p.
- LENAERTS, K., GUTIERREZ-FONS, J. A., PICOD, F. *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 214 p.
- LEROY, J., *La constitution de partie civile à des fins vindicatives : défense et illustration de l'article 2 du Code de procédure pénale*, thèse, Paris-Est Créteil Val de Marne, 1990, 733 p.
- LÉVÊQUE, F. *Nucléaire On/Off : Analyse économique d'un pari*, Paris, Dunod, 2013, 288 p.
- LIMPENS, J., *La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé*, Paris, Dalloz, 1965, 24 p.
- LINDERFALK, U., *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, 410 p.
- LOCKE, J., *Second traité du gouvernement. Un essai sur l'origine véritable, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. J-F. SPITZ, Paris, PUF, 1994, 384 p.
- LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOVE, P., GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2021, 1160 p.
- LOPEZ, G., *La Victimologie*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2019, 214 p.
- LOPUSKI, J., *Liability for Nuclear damage, an international perspective*, National Atomic Energy Agency, Warsaw, 1993, 69 p.
- LUHMAN, N., *La légitimation par la procédure*, Laval, Presses Université Laval, 2001, 300 p.

LUNNEY, V. M., OLIPHANT, K., *Tort Law*, 6^{ème} éd., Oxford, OUP, 2017, 1080 p.

M

MADELAINE, C., *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2014, 572 p.

MAGHAMI, A.M.A.G., *Faute, risque et lien de causalité dans la responsabilité civile*, Téhéran, Imprimerie Bank Melli Iran, 1953, 269 p.

MAITRE, G., *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, 315 p.

MALINVAUD, P., JESTAZ, P., JOURDAIN, P., TOURNAFOND, O., *Droit de la promotion immobilière*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2014, 776 p.

MALLET-BRICOUT, B., NOURISSAT, C., *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, Dalloz, 2006, 214 p.

MALPEL-BOUYJOU, C., *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, Paris, Dalloz, 2014, 588 p.

MARGUENAUD, J.-P., (dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La Documentation française, 2001, 163 p.

MARLY, P.-G., *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2013, 320 p.

MARTIQUET, Y., *L'autonomie du droit nucléaire – Contribution à l'étude de la nature et des caractères d'un droit nouveau*, Thèse, Nîmes, 2015, 482 p.

MATHIOT, A., *Les accidents causés par les travaux publics*, Paris, Sirey, 1934, 255 p.

MATRINGE, E., *La réforme de la responsabilité civile en droit suisse : modèle pour le droit français ?* thèse, Université de Strasbourg, 2010, 629 p.

MAUCLAIR, S., *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2012, 478 p.

MAZEAU, L., *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, Aix en Provence, PUAM, 2013, 646 p.

MAZEAUD, D., BONNEAU, T., (dirs.), *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2016, 232 p.

MAZEAUD, H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I., 3^{ème} éd., Paris, 1938, 329 p.

- MAZEAUD, H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I., 6^{ème} édition refondue, t. 3, premier volume, Paris, 2014, 932 p.
- MAZEAUD, H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I., 6^{ème} édition refondue, t. 3, second volume, Paris, 2014, 646 p.
- MAZEAUD, H. et L., TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 6^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1965, 1080 p.
- MCDUGALL, M.S., LASSEWELL, H.D., MILLER, J.C., *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, New Haven, New Haven Press, 1994, 456 p.
- MCNAIR, A., *The Law of Treaties*, 2^{ème} éd., Oxford, Clarendon Press 1961, 789 p.
- MEKKI, M., (dir.), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis – Réponse à la consultation publique*, Paris, LGDJ, 2016, 183 p.
- MELENNEC, L., *L'indemnisation du handicap*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997, 258 p.
- MELESCANU, T., *La responsabilité pour les dommages nucléaires*, Thèse, Université de Genève, 1971, 279 p.
- MÉNARD, B., *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2020, 530 p.
- MESTRE, J., *La subrogation personnelle*, Paris, LGDJ, 1979, 761 p.
- MICHAUX, P. et autres, *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1998, 342 p.
- MIGNARD, J.P., MABILE, S. ET MABILE, M., *Sûreté nucléaire – Droit et gouvernance mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 252 p.
- MIGNOT, M., *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit français*, Paris, LGDJ, 2002, 857 p.
- MILL, J.S., *A System of Logic, Ratiocinative And Inductive*, 8^{ème} éd., New York, Harper & Brothers, 1882, 1176 p.
- MILLET, A.-S., *L'invention d'un système juridique : nucléaire et droit*, thèse, Nice, 1991, 625 p.
- MOLFESSIS, N., (dir.), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, LexisNexis, 2005, 200 p.
- MONFORT, J., DU CASTEL, V., *Le renouveau du nucléaire après Fukushima*, Paris, L'Harmattan, 2012, 221 p.
- MONTANE DE LA ROQUE, P., *L'inertie des pouvoirs publics*, thèse, Toulouse, 1948, 546 p.
- MOORE, J. B., *History and Digest of International Law*, Washington, 1906, vol. 3, 1022 p.

MOREAU, J., *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 1957, 263 p.

MOREAU, J., *La responsabilité administrative*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 1996, 128 p.

MOUKOKO, S.R., *Le plein contentieux spécial des installations classées*, thèse, Paul Verlaine-Metz, 2009, 603 p.

MOUSSA, T., (dir.), *Droit de l'expertise*, Paris, Dalloz, 2020, 766 p.

MOUTEL, B., *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse, Université de Limoges, 2006, 495 p.

MUNITA MARAMBIO, R.E., *La responsabilité civile liée aux activités scientifiques et technologiques : approche de droit comparé*, Thèse, Université de Grenoble, 2017, 669 p.

MURE, A., *L'évolution du préjudice de la victime en droit de la responsabilité civile*, thèse, Université de Grenoble Alpes, 2009, 642 p.

N

NAFTALI, P., *La construction du droit à la vérité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 550 p.

NEYRET, L., MARTIN, G.J., *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris, LGDJ, 2012, 406 p.

NOËL, L., *L'accident en droit privé : essai d'une théorie*, thèse, Lyon 3, 2003, 662 p.

NOLTE, G., (dir.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013, 393 p.

NONNENMACHER, G., *Vers un droit atomique, Essai sur l'internationalisation et la domestication de l'atome*, Colmar, 1956, 56 p.

NUYTS, A., *L'exception de Forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 974 p.

O

OCDE, *Les risques émergents au 21^{ème} siècle*, Paris, Ed. OCDE, 2003, 325 p.

OCDE, *Aspects juridiques de la pollution transfrontalières*, Paris, Ed. OCDE, 1977, 525 p.

- O'HARA, J.-M., HIGGINS, J.-C. *Human Factors Consideration with respect to Emerging Technology in Nuclear Power Plants*, NUREG/CR-6947, 2008, 76 p.
- OBELLIANNE, S., *Les sources des obligations*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, 612 p.
- OGUS, A., FAURE, M., *Économie du droit : le cas français*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2002, 176 p.
- OKI, J.-L., *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, thèse, Bordeaux, 2017, 897 p.
- OKRENT, C. J., *Torts and Personal Injury Law*, 4^{ème} éd., Cengage learning, 2019, 408 p.
- OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law vol. I*, 8^{ème} ed., Londres, Longmans, Green & Co, 1955, LVI-1072 p.
- OPPÉTIT, B., *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, 304 p.
- OPPÉTIT, B., *Philosophie du droit*, 1^{er} éd, Paris, Dalloz, 1999, 168 p.
- OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? — Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 595 p.
- OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254 p.
- OUDOT, P., *Le risque de développement, Contribution au maintien du droit à réparation*, Ed. universitaires de Dijon, Dijon, 2005, 358 p.
- OUM OUM, J.-F., *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, 616 p.

P

- PAILLET, M., *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1980, 434 p.
- PAYOT, F., *Les instructions du gouvernement lors de l'interprétation judiciaire du droit international*, Thèse, Université de Lausanne, 1950, 140 p.
- PELZER, N., (dir.), *Brennpunkte des Atomenergierichts/Nuclear Law Problems in focus*, Tagungsbericht der AIDN/INLA Regionaltagung in Wiesbaden, 2002, Baden- Baden, 2003, 282 p.
- PERLINGIERI, P., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro Quarto. Delle obbligazioni, t. II. Art. 1470-2069*, Zanichelli, Bologna, 1991, 10833 p.

- PESCATORE, P., *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} impr. de l'ouvrage édité en 1960, Bruxelles, Bruylant, 2009, 596 p.
- PETIT, J., EVEILLARD, G., *L'ouvrage public*, Paris, Litec, 2009, 230 p.
- PETROVIC, D., *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne, A la recherche d'un concept*, Genève, Graduate Institute Publications, 2000, 306 p.
- PICARD, E., *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984, 926 p.
- PICARD, M., *Rapport sur l'assurance privée et le progrès social*, Journée de droit civil, Association Henri Capitant, Lille, 1929.
- PIÉRARD, J.-P., *Responsabilité civile, énergie atomique et droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1963, 519 p.
- PIERRE, P., *Vers un droit des accidents : contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, thèse, Rennes, 1992, 460 p.
- PIERRE, P., LEDUC, F., (dirs.), *La réparation intégrale en Europe : études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles, Larcier, 2012, 505 p.
- PIGNARRE, G., *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2005, 169 p.
- PIGNARRE, L.-F., (dir.), *La réforme de la responsabilité civile*, Montpellier, Presses universitaires, 2017, 345 p.
- PIROTTE, O., GIRERD, P., *Trente ans d'expérience Euratom*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 427 p.
- PLESSIX, B., *Droit administratif général*, Paris, Lexis Nexis, 2018, 1648 p.
- PLESSIX, B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2003, 880 p.
- POLITIS, N.S., *Les nouvelles tendances du droit international*, Hachette, Paris, 1927, 249 p.
- PONTIER, J.-M., ROUX, E., *Droit nucléaire - Santé et nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, 258 p.
- PONTIER, J.-M., ROUX, E., *Droit nucléaire – Démocratie et nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, 280 p.
- PONTIER, J.-M., ROUX, E., (dir.), *Droit nucléaire : Les déchets nucléaires*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, 279 p.
- PONTIER, J.-M., ROUX, E., *Droit nucléaire – La sûreté nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, 189 p.

- PONTIER, J.-M., ROUX, E., *Droit nucléaire - Le contentieux du nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, 280 p.
- PONTIER, J.-M., ROUX, E., JAEGER, L., *Droit nucléaire - L'industrie du nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018, 278 p.
- POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 9^e éd., Wolters Kluwer for Aspen Publishers, 2014, 2056 p.
- POTHIER, R.-J., *Traité du contrat d'assurance*, Marseille, Sube et Laporte, 1810, 528 p.
- POUILLAUDE, H.-B. *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, thèse, Paris II, 2011, 594 p.
- POULET, L., *Transaction et protection des parties*, Paris, LGDJ, 2005, 401 p.
- POUMARÈDE, M., *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse, Toulouse, 2003, 722 p.
- POUND, R., *An introduction to the philosophy of law*, New Haven, Yale University Press, 1946, 213 p.
- PRADEL, X., *Le préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Aix en Provence, PUAM, 2014, 528 p.
- PRIEUR, M., (dir.), *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2019, 1392 p.
- PROUDHON, J.-B.-V. *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, tome 1, Dijon, Lagier, 1834, 430 p.
- PTASEKAITE, R., *The Euratom Treaty v. Treaties of the European Union : limits of competence and interaction*, Swedish Radiation Safety Authority, 2011 : 32, 2011, 109 p.
- PUECH, M., *L'illicéité dans la responsabilité civile contractuelle*, Paris, PGDJ, 1973, 387p
- PUFENDORF, S. von, *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels lui qu'ils sont prescrits par la loi naturelle* (1741), t.1, trad. Jean Barbeyrac, Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1984, 403 p.
- PUGET, H., (dir.), *Aspects du droit de l'énergie atomique*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris, Ed. du CNRS, 1965-1967, vol. I et vol. II, 348 et 547 p.
- PULJAK, M. P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 451 p.

Q

QUENEUDEC, J.-P., *La responsabilité internationale de l'État pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, Pedone, 1966, 275 p.

QUÉZEL-AMBRUNAZ, C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010, 750 p.

R

RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 8 éd., Stuttgart, 1973, 391 p.

RAINAUD, J.-M., *Le droit nucléaire*, Paris, PUF, 1994, 126 p.

RANOUIL, M., *Les recours entre coobligés*, Paris, IRJS Ed., 2014, 560 p.

REBEYROL, V., *L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et la réparation des dommages environnementaux*, Paris, Défrenois, 2010, 586 p.

REIFEGERSTE, S., *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix en Provence, PUAM, 2002, 357 p.

RENARD, S., *L'ordre public sanitaire (Étude de droit public interne)*, thèse, Rennes I, 2008, 727 p.

RENOUX, T., *L'indemnisation publique des victimes d'attentats*, Paris, Economica, 1988, 318 p.

RÉSEAU DROIT, *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?* Paris, LexisNexis, 2011, 572 p.

REUTER, P., *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} éd. augmentée par Ph. CAHIER, Paris, PUF, 1995, 251 p.

REUTER, P., *La Convention de Vienne sur le droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1979, 96 p.

RIALS, S., *Le juge administratif et la technique du standard*, Paris, L.G.D.J., 1980, 522 p.

RICCI, J.-C., LOMBARD, F., *Droit administratif des obligations*, Paris, Dalloz, 2018, 615 p.

RICHER, L., DE CORAIL, L., *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, Economica, 1978, 183 p.

RICOEUR, P., *Le Juste, I*, Paris, Esprit, 1995, 224 p.

RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd. 1949, rééd. 2014, 421 p.

RIPERT, G., *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, rééd. 1998, 225 p.

RIPERT, G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, L.G.D.J, 1936, 463 p.

- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, 431 p.
- RIPERT, L., *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 1933, 227 p.
- ROBINEAU, M., *Contribution à l'étude du système responsabilité – Les potentialités du droit des assurances*, Paris, Defrenois, 2006, 560 p.
- ROCHFELD, J., *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., Paris, PUF., 2011, 562 p.
- RODIÈRE, R., (dir.), *Faute et lien de causalité dans la responsabilité délictuelle : étude comparative dans les pays du Marché commun*, Paris, Pedone, 1983, 247 p.
- ROUJOU DE BOUBÉE, M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, 493 p.
- ROUSSEAU, C., *Droit international public*, Paris, Sirey, vol. I, 1970, 464 p.
- RUSSO, C., *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe, Contribution à l'étude d'une mutation des risques*, Paris, Dalloz, 2001, 341 p.

S

- SCHAPIRA, J.-P., (dir.), *Les déchets nucléaires : un problème mondial*, Paris, La Documentation française, 1991, 56 p.
- SFDI, *Actualité des réserves aux traités*, Paris, Pedone, 2014, 190 p.
- SFDI, *Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, 282 p.
- SFDI, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Paris, Pedone, 2013, 148 p.
- SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, 340 p.
- SABARD, O., *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extra contractuelle*, Paris, Fondation Varennes, 2008, 539 p.
- SABRAN-PONTEVÈS, E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, Thèse dactylographiée, Aix-Marseille Université, 2004, 370 p.
- SAINCTELETTE, C., *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylant, 1884, 258 p.
- SALEILLES, R., *Les accidents de travail et la responsabilité civile – Essai d'une théorie objective de la responsabilité civile délictuelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1897, 98 p.
- SALMON, J., *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 497 p.

- SALVADOR, L., *La gestion contractuelle du risque industriel*, thèse, Toulouse I Capitole, 2015, 610 p.
- SAMET, J.-M., SEO, J., *The financial Costs of the Chernobyl Nuclear Power Plant Disaster: A Review of the Literature*, Institute for Global Health, 2016, 49 p.
- SANDS, P., *Chernobyl : law and communication : transboundary nuclear air pollution – the legal materials*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1988, 312 p.
- SANSEVERINO GODFRIN, V., *L'État, les compagnies d'assurances et les risques majeurs*, thèse, Université de Nice, 1996, 355 p.
- SANSEVERINO GODFRIN, V., *Le cadre juridique de la gestion des pollutions et des risques industriels*, 2010, Paris, Lavoisier, 150 p.
- SASTRE, M., *La fonction du juge interne d'interprétation du droit international*, thèse, Nice, 1999, 445 p.
- SAUZET, M., *De la responsabilité des patrons : vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, 1883, rééd. Whitefish, Kessinger Publishing, 2010, 78 p.
- SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, Paris, LGDJ, éd. 1951, 572 p.
- SAVATIER, R., *Traité de droit la responsabilité civile en droit français civil, tome I, rééd.*, Paris, LGDJ, 2016, 610 p.
- SAYAG, A., *Essai sur le besoin créateur de droit*, Paris, LGDJ, 1969, 320 p.
- SCELLE, G., *Précis de droit des gens. Principe et systématique*, t. II, Paris, Sirey, 1934, 558 p.
- SCELLE, G., *Droit international public, manuel élémentaire avec textes essentiels*, 3^{ème} éd., Paris, Domat-Montchrestien, 1948, 1008 p.
- SCHAMPS, G., *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 1140 p.
- SCHWARTZENBERG, R.-G., *L'autorité de la chose décidée*, Paris, LGDJ, 1969, 452 p.
- SÉRIAUX, A., *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 1998, 320 p.
- SIMON, D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p.
- SINCLAIR, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, 70 p.

- SINTEZ, C., *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Paris, Dalloz, 2011, 514 p.
- SMITH, B., *State responsibility and the marine environment : the rule of decision*, Oxford, OUP, 1988, 281 p.
- SOHN, L.B., BAXTER, R., *Convention on the international responsibility of States injuries to aliens. Draft n°12*, Cambridge, Harvard Law School, 1961, 250 p.
- SOLUS, H., PERROT., R., *Droit judiciaire privé*, t. 2, Paris, Sirey, 1973, 981 p.
- SORIA, O., *Droit de l'environnement industriel*, Grenoble, Presse Universitaire de Grenoble, 2013, 566 p.
- SOUSSE, M., *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1994, 541 p.
- SPIER, J., HAAZEN, O.A., *Unification of tort law: causation*, La Haye/Boston/Londres, Kluwer Law International, 2000, 176 p.
- SPIER, J., *Unification of tort law: causation*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 176 p.
- SPINOZA, B., *Traité Politique*, trad. F.-C. RAMOND, Paris, PUF, 2005, p. 93
- STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Paris, L. Rodstein, 1947, 503 p.
- STASON, E.B., ESTEP, S.D., PIERCE, W.J., *Atoms and the law*, Michigan Law School, 1959, 1512 p.
- STATSKY, W. P., *Essential of torts*, 3th ed., Cengage learning, 2011, 408 p.
- STATSKY, W. P., *Tort Personal Injury Litigation*, 5^{ème} ed., Clifton Park, Delmar, 2011, 1000 p.
- STATSKY, W.P., *Essential of torts*, 3^{ème} ed., Clifton Park, Delmar, 2012, 486 p.
- STOFFEL-MUNK, P. et autres, *Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile – Observation et proposition de modification*, La semaine juridique, Edition Générale, supp. N°30-35, 2016, 76 p.
- STOIBER, C., BAER, A., PELZER, N. et TONHAUSER, W., *Manuel de droit nucléaire*, Vienne, Ed. AIEA, 2006, 211 p.
- STOLL, J. A., *L'application et l'interprétation du droit interne par les juridictions internationales*, Thèse, Université de Genève, 1961, 225 p.
- STROHL, P., PELZER, N., (dirs.), *Les risques résultant de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 311 p.

SUDRE, F., (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 354 p.

SUPIOT, A., *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Fayard, 2013, 80 p.

SUR, S., *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, 449 p.

T

TAORMINA, G., *Introduction à l'étude du droit*, Aix-en-Provence, PUF, 2005, 486 p.

TAPINOS, D., *Prévention, précaution et responsabilité civile – Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Paris, L'Harmattan, 2008, 741 p.

TAVERNIER, P., *Recherches sur l'application dans le temps des actes et règles en droit international public (problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire)*, Paris, LGDJ, 1970, 351 p.

TERRÉ, F., (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, 238 p.

TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015, 636 p.

TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., CHÉNEDÉ, F., *Droit civil : les obligations*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018, 2036 p.

THIBIERGE, C., (dir.), *La densification normative*, Paris, Mare & Martin, 2013, 1204 p.

THIBIERGE, L., (dir.), *Avant - projet de loi Réformes de la responsabilité civile. Analyse et contre-propositions*, Cedace, Université Paris-Ouest Nanterre La défense, 2016, 44 p.

THIEFFRY, P., *Traité de droit européen de l'environnement*, 3 éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, 1412 p.

TIREL, M., *L'effet de plein droit*, Paris, Dalloz, 2018, 382 p.

TOULEMON, A., MOORE, J., *Le préjudice corporel et moral en droit commun : étude pratique et théorique*, Paris, Sirey, 1968, 257 p.

TOULLIER, C.B.M., *Droit civil français, suivant l'ordre du code civil*, 4^{ème} éd., t. XI, 1824, 740 p.

TRAVARD, J., *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extra contractuelle*, Paris, Mare & Martin, 2013, 892 p.

TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 360 p.

TROPLONG, T.-R., *Le droit civil expliqué : Du cautionnement et des transactions*, t. 17, Paris, Ed. Charles Hingray, 1846, 716 p.

TROTZ, N., *Report of the Chairman of the International Sub-Committee: Admissibility and Assessment of Claims for Pollution Damage*, International Maritime Committee, Yearbook 1993, Sydney I, Documents for the Conference.

TRUCHET, D., *Droit administratif*, 8^{ème} éd., Paris, PUF, 2019, 560 p.

TRUCHET, D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1977, 394 p.

TRUILHÉ-MARENGO, E., (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, 358 p.

TRUILHÉ-MARENGO, E., *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, 409 p.

TUNC, A., *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Paris, Économica, 1990, 200 p.

TUNC, A., *La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, Paris, Dalloz, 1966, 75 p.

U

U.S.A.E.C., *Theoretical Possibilities and Consequences of Major Accidents in Large Nuclear Power Plants*, Washington, 1957, 105 p.

UGO, E., *Préjudices environnementaux et responsabilité civile*, Thèse dactylographiée, Aix-Marseille Université, 2014, 464 p.

USAEC, *Theoretical possibilities and consequences of major accident in large power plant*, Washington, 1957, 105 p.

USUNIER, L., *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris, Economica, 2008, 567 p.

V

VAILLIER, P., *Les limites de l'assurance*, Paris, Assurance française, 2001, 328 p.

VAN BOOM, W., FAURE, M., (dirs.), *Shifts in compensation Between Private and Public System*, New-York, Springer, 2007, 253 p.

- VAN BOOM, W.-H., *Pure economic loss – A comparative perspective*, New York, Springer, 2004, 59 p.
- VANDEM BORRE, T., *Efficiënte preventie en compensatie van catastroferisico's: Het voorbeeld van schade door kernongevallen*, Antwerpen, Intersentia Uitgevers, 2001, 835 p.
- VAN DROOGHENBROECK, S., (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, 436 p.
- VIGNAL, T., *Droit international privé*, 5^e éd., Paris, Sirey, 2020, , 556 p.
- VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013, 640 p.
- VILLIGER, M.E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, 1057 p.
- VINEY, G., *Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2019, 661 p.
- VINEY, G., *Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2008, 693 p.
- VINEY, G., JOURDAIN, P., *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, 1420 p.
- VINEY, G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, 1965, réimp., Paris, LGDJ, 2013, 418 p.
- VOÏCU, I., *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris, Pedone, 1968, 242 p.
- VOIDEY, N., *Le risque en droit civil*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, 380 p.
- VOLPELLIÈRE, Y., *L'obligation de résultat de l'Administration*, thèse, Montpellier, 2015, 473 p.
- VON BAR, C., *Non contractual Liability Arising out of Damage Caused to another (PEL Liab. Dam)*, Munich, Sellier, 2009, 1 386 p.
- VON BURI, M., *Die Kausalität une ihre strafrechtlichten beziehungen*, Enke, 1885, 160 p.
- VON JHERING, R., *L'évolution du droit*, trad. par O. DE MEULENAERE, A. Maresq, 1901, 413 p.

W

- WEBB, P., *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford, OUP, 2013, 253 p.
- WEIL, P., *Écrits de droit international*, Paris, PUF., 2000, 423 p.
- WEMMERS, J.-A. *Introduction à la victimologie*, Montréal, Presse Université Montréal, 2003, 234 p.

WILDHABER, L., *Treaty-Making Power and Constitution : An International and Comparative Study*, Stuttgart, Helbing-Lichtenbahn, 1971, 412 p.

WILLISH, J., *State Responsibility for Technological Damage in International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, 352p.

WINIGER, B., (dir.), *La responsabilité civile européenne de demain, Projets de révision nationaux et principes européens*, Bâle, Schulthess, 2008, 391 p.

WIWEN-NILSSON, M.T., *Memorandum Liability of Suppliers and Contractors for nuclear damage to on-site property under the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage*, 1963.

Y

YOU, P., *Le préambule des traités internationaux*, Thèse de l'Université de Genève, Imp. Saint Paul, 1941, 146 p.

Z

ZANNAS, P.A., *La responsabilité internationale des Etats pour les actes de négligence*, Montreux, Ganguin & Laubscher, 1952, 146 p.

ZARBIYEV, F., *Le discours interprétatif en droit international contemporain : un essai critique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 193 p.

ZEIDAN, S.M., *State Responsibility and Liability for Environmental Damage caused by Nuclear Accidents*, Université de Tilburg, 2012, 664 p.

RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE LA HAYE

A

ABI-SAAB, G., « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987, pp. 9-463.

AGO, R., « Science juridique et droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956, pp. 851-958.

ALLAND, D., « L'interprétation du droit international public », *RCADI*, vol. 362, 2013, pp. 41-394.

ANDRASSY, J., « Les relations internationales de voisinage », *RCADI*, vol. II, 1951, pp. 77-178.

ARANGIO-RUIZ, G., « Some International Legal Problems of the Civil Uses of Nuclear Energy », *RCADI*, vol. 107, 1962, pp. 497-665.

AUDIT, B., « Le caractère fonctionnel de la règle de conflits de lois », *RCADI*, 1984, t. III, pp. 226-367.

B

BALLARINO, T., « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », *RCADI*, 1990, vol. 220, pp. 289-388.

BARDONNET, D., « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé. (Problème juridiques choisis) », *RCADI*, vol. 153, 1976, pp. 9-166.

BASDEVANT, J., « La conclusion et la rédaction des traités et actes diplomatiques autres que les traités », *RCADI*, vol. 15, 1926, pp. 535-667.

BASDEVANT, J., « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936, vol. 58, pp. 673-674.

BESSON, S., « La due diligence en droit international », *RCADI*, 2020, vol. 409, pp. 153-398.

C

CAPOTORTI, F., « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1994, vol. 248, pp. 9-344.

CHARLIER, R.E., « Questions juridiques soulevées par l'évolution de la science atomique », *RCADI*, 1957, vol. 91, pp. 217-244.

CHAUMONT, C., « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol. 129, 1970-I, pp. 333-528.

DE ARÉCHAGA, J., « International Law in the past third of a century », *RCADI*, vol. 159, 1978, pp. 9-313.

DO NASCIMENTO E SILVA, G. E., « Le facteur temps et les traités », *RCADI*, vol. 154, 1977, pp. 215-297.

DUPUY, P.-M., « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 9-489.

DUPUY, P.-M., « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *RCADI*, vol. 188, 1984, pp. 9-133.

E

EHRlich, L., « L'interprétation des traités », *RCADI*, vol. 24, 1988, pp. 1-145.

EUSTATHIADES, C.-T., « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale (nouvelles tendances) », *RCADI*, vol. 84, 1953, pp. 397-698.

F

FREEMAN, A. W., « Responsibility of the State for Unlawful Acts of Their Armed Forces », *RCADI*, vol.88, 1955, pp. 267-411.

H

HENKIN, L., « International Law: Politics, Values and Functions », *RCADI*, vol. 216, 1989, pp. 9-416.

J

JENKS, C. W., « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law », *RCADI*, vol. 117, 1966, pp. 99-200.

JENKS, C. W., « Les instruments internationaux à caractère collectif », *RCADI*, vol. 69, 1939, pp. 448-552.

JENNINGS, R., « General Course on Principles of International Law », *RCADI*, vol. 121, 1967-II, pp. 323-605.

LAGARDE, P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986, pp. 25-194.

M

MAHIOU, A., « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », *RCADI*, vol. 337, 2008, pp. 29-513.

MONACO, R., « Les assurances en droit international », *RCADI*, vol. 101, 1960, pp. 389-473.

P

PELLET, A., « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale – Conférence inaugurale, session de droit international public », *RCADI*, vol. 329, 2007, pp. 17-47.

POLITI, N., « Le problème de la limitation de la souveraineté et la théorie de l'abus de droit dans les rapports internationaux », *RCADI*, vol. 6, 1925, pp. 5-116.

R

REUTER, P., « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961, pp. 425-683.

S

SALMON, J., « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, vol. 175, 1983, pp. 257-414.

SORENSEN, M., « Cours général », *RCADI*, vol.101, 1960, pp. 5-246.

SORENSEN, M., « Principe de droit international public », *RCADI*, vol. 101, 1960, pp. 1-254.

SUR, S., « La créativité du droit international », *RCADI*, vol. 363, 2014, pp. 9-331.

STRUPP, K., « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 47 1934-1, pp. 263-593.

T

TRUYOL Y SERRA, A., « Théorie du droit international public », *RCADI*, vol. 173, 1981, pp. 9-443.

V

VERDROSS, A., « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, vol.37, 1931, pp. 327-407.

W

WEIL, P., « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1996, pp. 11-370.

Y

YASSEEN, M.K., « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151, 1976-III, pp. 1-114.

ARTICLES DE PÉRIODIQUES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

A

AEN, « Étude : Couverture d'assurance de la responsabilité civile et des dommages matériels résultant d'accident nucléaires causés par des actes de terrorisme », *BDN*, vol. 78, 2006/2, pp. 21-38.

AEN, « Étude : L'accident de Tchernobyl – Dommages de nature économique et leur réparation en Europe occidentale », *BDN*, vol. 39, 1987/1, pp. 61-68.

AEN, « Étude : Le champ d'application des conventions nucléaires », *BDN*, vol. 5, 1970/1, pp. 25-31.

AEN, « Les progrès vers un régime mondial de responsabilité civile nucléaire », *BDN*, vol. 93, 2014/1, pp. 9-24.

- AEN, « Étude : L'accident de Tokai-mura au Japon : aspects de responsabilité civile nucléaire et réparation », *BDN*, vol. 66, 2000/2, pp. 14-22.
- AEN, « Étude : La coopération internationale dans le domaine de la pollution transfrontière d'origine radioactive », *BDN*, vol. 14, 1974/2, pp. 60-71.
- AEN, « Étude : La réparation des dommages nucléaires dans les pays membres de l'OCDE », *BDN*, vol. 20, 1977/2, pp. 54-82.
- AEN, « Étude : Questions soulevées par l'application des Conventions sur la responsabilité civile nucléaire aux installations d'évacuation de déchets radioactifs », *BDN*, vol. 55, 1995/1, pp. 19-24.
- AEN, « Étude : Régimes d'indemnisation applicables aux travailleurs exposés aux rayonnements ionisants dans les pays de l'OCDE », *BDN*, vol. 66, 2000/2, pp. 7-13.
- AEN, « Étude : Responsabilités potentielles des fournisseurs nucléaires aux pays d'Europe centrale et orientale », *BDN*, vol. 53, 1994/1, pp. 37-45.
- ABRANAVAL-JOLLY, S., « Rôle de la garantie des accidents de la vie dans la réparation du dommage corporel », *BJA*, n°60, 2018, pp.1-13
- ADISIANYA, A. T., « Modernisation of Nuclear Liability Regimes: the Impact on the Nuclear Insurance Industry », *CEPLMP Annual Review*, Vol. 15, 2013, pp. 1-38.
- ADISIANYA, A. T., « Different compensation systems under nuclear liability conventions », *CEPLMP Annual review*, 2009/10, vol. 14, 26 p.
- AGO, R. « Droit positif et droit international », *AFDI*, vol. 3, 1957, pp. 30-31.
- AGOSTINI, C., « Le fondement du droit, c'est le droit », in KOUBI, G., MULLER-QUOY, I., (dirs.), *Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 63 et ss.
- AGUILA, Y., « Les acteurs face à la constitutionnalisation du droit de l'environnement », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°43, avril 2014.
- AGUILA, Y., ROLLINI, L., « Charte de l'environnement : le temps de la récolte – Note sous CC, 20 décembre 2019, n°2019-794 DC », *JCP G*, 2020, n°10, note 275, p. 466-471.
- AKEHURST, M. « International Liability for Injurious Consequences arising out of Acts not prohibited by International Law », *Netherland Yearbook of International Law*, 1985, vol. 16, p. 3-16.
- ALBERTON, G., « Le législateur peut-il rester irresponsable ? », *AJDA*, 2014, pp. 2350-2359.

- ALLAND, D., COMBACAU, J., « Primary and Secondary Rules in the Law of State Responsibility : Categorizing International Obligations », *Netherland Yearbook of International Law*, 1985, vol. 16, pp. 81-109
- ALVAREZ-ARMAS, E., « Le contentieux international privé en matière de changement climatique à l'épreuve de l'article 17 du règlement Rome II : enjeux et perspectives », *Rev. droit intern. Assas*, 2020, n° 10, pp. 109-138.
- AMBROSIO, L., « L'influence du principe de précaution sur la responsabilité : un état des lieux », in AMBROSIO, L., GUIDICELLI-DELAGE, G., MANACORDA, S., (dirs.), *Principe de précaution et métamorphose de la responsabilité*, Paris, Mare & Marin, 2018, pp. 89-103.
- AMEYE, E., « Channelling of nuclear Third Party Liability towards the Operator: Is it sustainable in a Developing Nuclear World or is there a Need for Liability of Nuclear Architects and Engineers? », *European Energy and Environmental Law Review*, 2010, pp. 33-58
- AMEYE, E., ARREGUI, I., « National nuclear third party insurance pools revisited from a European Union competition law perspective », *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 30, n° 3, pp. 265-300.
- AMRANI-MEKKI, S., « Insuffisance de preuve et déni de justice : un principe de complétude dans l'administration de la preuve », note sous Cass. civ. 2, 12 novembre 2015, n°14-16.603, *Gaz. Palais*, 9 février 2016, pp. 53 et ss.
- AMRANI-MEKKI, S., « Les traditions probatoires en droit processuel », in MEKKI, M., CADIET, L., GRIMALDI, C., (dirs.), *Regards croisés sur la preuve*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 111 et ss.
- AMRANI-MEKKI, S., « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP G*, 2008, n°27, pp. 16-27.
- AMRANI-MEKKI, S., « L'action collective québécoise. Regard (envieux) d'un processualiste français », *RIDC*, 2016, n°68-2, pp. 341-355
- AMSELEK, P., « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, LGDJ, 1975, pp. 233-264.
- AMSELEK, P., « L'étonnement devant le droit », *APD*, t. 13, 1968, pp. 163-183.
- AMSELEK, P., « La détermination des personnes publiques responsables », in *Études de droit public*, Paris, Cujas, 1964, pp. 289-376.
- AMSELEK, P., « L'interprétation à tort et à travers », in AMSELEK, P., (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 11-25.

- ANZILOTTI, D., « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, vol. 13, pp. 5-29 et 286-309.
- ARATO, J., « Accounting for Differences in Treaty Interpretation over Time », in *Interpretation in international law*, Oxford, OUP, 2015, pp. 205–228.
- ARATO, J., « Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and their Diverse Consequences », *The law and procedure of international Courts and Tribunals*, vol. 9, 2010, pp. 443–494.
- ARBOUSSET, H., « L’action subrogatoire du FIVA : un « antidote à l’irresponsabilité » de toute personne juridique ? », *D.*, 2007, pp. 1643-1647.
- ARBOUSSET, H., « L’apparente simplicité du financement des fonds d’indemnisation » *RRJ*, 2008, pp. 1517-1534.
- ARBOUSSET, H., « Indemnisation des victimes d’essais nucléaires : une question de solidarité ? », *act. Lextenso*, 2017.
- ARDAULT, K., DORMOY, D., « Article 40 », in O. CORTEN, P. KLEIN, (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1545-1557.
- ARNOUX, R., « Qui a “inventé” la fusion ? », *Iter Mag*, vol. 3, 2014.
- ARZANITI, L., RENSHAW, A., “Nuclear Liability and State aid: the Impact of EU Competition Rules” in BEYENS, M., PHILIPPE, D., REYNERS, P., (dirs.), *Prospects of a Civil Nuclear Liability Regime in the Framework of the European Union – Proceedings*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 117-144.
- ATIAS, C., « Le plein droit », *D.*, 2013, pp. 2183-2184.
- AUBERT, J.L., « Quelques remarques sur l’obligation de la victime de limiter les conséquences dommageables d’un fait générateur de responsabilité. A propos de l’article 1373 de l’avant-projet de réforme des obligations » in *Études offertes à Geneviève Viney : Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 55 et ss.
- AWAJI, T., « L’accident nucléaire de Fukushima et la responsabilité de l’État et de l’exploitant » in HAUTEREAU-BOUTONNET, M., (dir.), *Après Fukushima, regards juridiques franco-japonais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 30 et ss.

B

- BACACHE, M., « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *Energie, environnement, infrastructure*, n°8-9, aout 2018, dossier 30.

- BACH, L., « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français », *RTD civ.*, 1977, pp. 17 et ss.
- BAHOUGNE, L., « La responsabilité subsidiaire de la puissance publique pour les dettes de leur délégataires insolubles », *RFDA*, 2017, pp. 1149-1160.
- BAHOUGNE, L., « Le principe selon lequel l'État est son propre assureur », *RFDA*, 2014, pp. 1167-1177.
- BAKOUICHE, D., « La globalisation des sinistres », *RCA*, 2016, dossier 22, pp. 21-26
- BALLARINO, T., « La réparation des dommages catastrophiques. Problèmes de droit international privé » in T. BALLARINO, J. VERHOEVEN et autres, *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 59-102.
- BANAKAS, E. K., « Tender in the Night: Economic Loss — The Issues », in BANAKAS, E.K., (dir.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Centre of European Law and Practice, University of East Anglia, Kluwer, 1996, pp. 3 et ss.
- BANDRAC, M., « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *RDC* 2008, n°4, pp. 1413 et ss.
- BARANGER, D., « Le temps du droit » *La Revue administrative*, 2000, n°1, pp. 32-40.
- BARBERIS, J. A., « Le concept de "traité international" et ses limites », *AFDI*, vol. 30, 1984, pp. 239-270.
- BARBIER, H., MILLEVILLE, S., « Le délai butoir évincé sans procès », *RDLF*, 2019, chron. n° 56.
- BARBOT, J., DODIER, N., « Repenser la place des victimes au procès pénal », *RFDP*, 2014, n° 3, pp. 407-433.
- BARBOZA, J., « La responsabilité "causale" à la Commission du droit international », *AFDI*, vol. 34, 1988, pp. 513-522.
- BARRIOS, F.T., ESPINOSA, F. M., « La responsabilité objective du fait des activités dangereuses », *Estud. Socio-Jurid.*, Vol 6, n°2, 2004, pp. 386-405.
- BARRUFOLO, R., « La notion de fondement en responsabilité délictuelle », *RRJ*, 2010, pp. 131-158.
- BARTHE-GAY, C., « Réflexions sur la satisfaction en droit international », *AFDI*, 2003, vol. 49, pp. 105-128.
- BARTHEZ, A-S., « Environnement, assurance et garantie », *Environnement*, n°6, 2009, pp. 41-45.
- BARY, M., « Vers la consécration du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par la responsabilité civile ? », *Revue juridique de l'Ouest*, 2014, pp. 93-114.

- BAUER, M., « Les projets élaborés dans le cadre de l'OECE et Euratom sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie atomique », Conférence du 9 novembre 1959.
- BEDJAOUI, M., « Opinion individuelle », *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, C.I.J. Rec.1997.
- BELORGEY, J.-M., « Solidarité nationale et responsabilité des acteurs économiques », *Risques*, 1992, n°10, pp. 52-56.
- BELRAHLI-BERNARD, H., « Obligation de moyens et obligations de résultat » in *AFDA, La responsabilité administrative*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 135-146.
- BELRHALI-BERNARD, H., « Algues vertes : la suite d'un feuilleton contentieux », *AJDA*, 2013, pp. 1758-1763.
- BELRHALI-BERNARD, H., « La responsabilité administrative ici et ailleurs : passerelles, clefs et pistes », *RFAP*, 2013, n° 147, pp. 561-574.
- BELRHALI-BERNARD, H. « Le droit de l'environnement : entre incitations et contraintes », *RDP*, 2009, n° 6, pp. 1683 et ss.
- BELSER, W. E., « L'assurance des risques nucléaires », Rapport à l'Organisation européenne de coopération économique, Étude de la Commission permanente du Risque atomique, Comité Européen des assurances, *Bulletin d'information*, 1957, n° 10.
- BELSER, W.E., « Aperçu des problèmes que l'énergie atomique pose à l'assurance », *RGAT*, 1957.
- BELSER, W.E., « Examen des solutions apportées par les lois nationales et les conventions internationales sur la responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire aux problèmes posés par aux assureurs par la couverture de cette responsabilité », in ALBONETTI, A., BELSER, W. E. et e. a., *Droit nucléaire européen : colloque de droit nucléaire européen du 5-6 mai 1966*, Paris, PUF., pp. 65-110.
- BENOIT, F.-P., « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », *JCP G*, 1957, I, 1357.
- BERGER, A., « Le financement de l'environnement », *Responsabilité et environnement*, 2008, n°50, pp. 26-33
- BERG, O., « Le dommage réparable dans les projets européens », in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IRJS Ed., 2012, pp. 609-636.
- BERGER, S. D., « Évolution du droit de l'environnement en matière d'énergie nucléaire », *BDN*, vol. 81, 2008/1, pp. 63-84.

- BERKOVITZ, D.N., « Price-Anderson Act: Model Compensation Legislation? – The Sixty-Three Million Dollar Question », *Harvard Environmental Law review*, Vol. 13, 1989, pp. 1-68.
- BERLIOZ, P., « La clause d'exception » in BOSKOVIC, O., AZZI, T., (dirs.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 189 et ss.
- BÉTAILLE, J., « L'ours dans les Pyrénées : la carence fautive de l'État dans la mise en œuvre de la directive Habitats », *AJDA*, 2018, pp. 2344-2351.
- BEYENS, M., « À propos du lien causal en matière de responsabilité civile nucléaire », in A.I.D.N., *Le droit nucléaire du XXe au XXIe siècle, Acte du Congrès Nuclear Inter Jura' 97 de l'A.I.D.N.*, Paris, Ed. OCDE, pp. 431-444.
- BIGOT, C., « Le champ d'application de l'article 1382 du Code civil en matière de presse » in DUPEUX, J.-Y., LACABARATS, A., (dirs.), *Liberté de la presse et droits de la personne*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 63 et ss.
- BIGOT, J., « La loi Bachelot et l'assurance », *JCP G*, 2003, n° 41, doct. 167.
- BIGOT, J., « La mise en cause de l'assuré par la victime exerçant l'action directe contre l'assureur », *JCP G*, 1966, I, 1970.
- BIGOT, J., « La notion d'accident », *RCA*, 2015, n°7-8, pp. 7-11.
- BIZET, C., « Les troubles du voisinage : définition et régime » in THIBIERGE, L., (dir.), *Avant projet de loi Réformes de la responsabilité civile. Analyse et contre-propositions*, Université Paris-Ouest Nanterre La défense, 2016, pp. 21-25.
- BLANC, F., « Le régime de la responsabilité pour faute en matière de police de l'ordre public » in LINOTTE, D., (dir.), *La police administrative existe-t-elle ?* Paris, Economica, 1985, pp. 85-119.
- BLERY, C., « La non-mise en cause de l'assuré dans l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité : critique au regard de la procédure », *LPA*, 18 juin 2004, n°122, pp. 5-10.
- BLOCH, L., « Un nouveau départ pour l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux non fautifs par l'ONIAM ? » *RCA*, 2021, n°1, étude 1.
- BLUM, L., « Conclusions sur CE 11 mars 1910, *Cie générale française de tramways* », *RDP*, 1910, pp. 269 et ss.
- BOEHLER, M.-C., « Réflexions sur la responsabilité et l'accident radiologique ou nucléaire : le cas des accidents du Goiana, Forbach, Three Miles Island et Tchernobyl », *BDN*, vol. 59, 1997/1, pp. 15 et ss.

- BOISSON DE CHAZOURNES, L., « Subsequent practice, practices and 'family-resemblance' : towards embedding subsequent practice in its operative milieu », in NOLTE, G., (dir.), *Treaties and subsequent practice*, Oxford, OUP, 2013, pp. 53-68.
- BORÉ, J., « Le recours entre coobligés "in solidum" », *JCP G*, 1967, I, 2126.
- BORÉ, L., « L'action en représentation conjointe. *Class action* française ou action mort-née ? », *D.*, 1995, pp. 267-271.
- BORGHETTI, J.-S., « La responsabilité du fait des choses : un régime qui a fait son temps », *RTD Civ.*, 2010, pp. 1-30.
- BORGHETTI, J.-S., « La responsabilité du fait des choses et/ou des activités dangereuses - Synthèse comparative », in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IRJS Ed., 2012, pp. 279-289.
- BORGHETTI, J.-S., « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney : Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 145-172.
- BORGHETTI, J.-S., « Des principaux délits spéciaux » in TERRÉ, F., (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 163-183.
- BORGHETTO, M. « L'irrésistible ascension des "droits à..." », *Information sociales*, 2000, n°81, pp. 4-16.
- BORRÁS, A., « La fragmentation des sources du droit international privé communautaire. Le cas de la responsabilité nucléaire » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques, Mélanges en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 31 et ss.
- BOURQUIN, M., « La position de l'individu dans l'ordre juridique international », *IRRC*, vol. 36, 1954, pp. 880-897.
- BOSKOVIC, O., « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.*, 2016, pp. 385-387.
- BOSKOVIC, O., « L'efficacité du droit international privé en matière environnementale », in BOSKOVIC, O., (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement, Mise en œuvre et sanctions*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 53-66.
- BOSKOVIC, O., « Réflexions sur le dommage en tant que facteur de rattachement en droit international privé » in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 264 et ss.

- BOSKOVIC, O., « Les atteintes à l'environnement » in AUDIT, M., MUIR WATT, H., PATAUT, E., (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 195 et ss.
- BOSKOVIC, O., « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.*, 2009, pp. 1639-1642.
- BOUQUET, A., « Which competition rules for nuclear energy in a (progressively) liberalised European Market Environment », *AIDN/INL* (2008), pp. 1165-1209
- BOUQUET-ELKAIM, J., « L'affaire de l'Erika, l'illustration jurisprudentielle d'une complémentarité entre la convention CLC et le droit commun de la responsabilité », *Revue européenne de Droit de l'Environnement*, 2008, 12-3, pp. 267-276.
- BOURASSIN, M., « L'efficacité de la lettre d'intention confortée », *Gaz. Pal.*, 2019, n°139, pp. 63-65.
- BOYLE, A., « State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: a Necessary Distinction? », *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, vol. 39, pp. 1-26.
- BRAIBANT, G., « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité », *RFAP*, 1992, pp. 687 et ss.
- BREINING, W., « Réforme de la responsabilité en droit nucléaire – La responsabilité illimitée n'entraîne pas automatiquement une couverture illimitée des risques », *BDN*, vol. 25, 1980/1, pp. 78-81.
- BRENNER, C., « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC*, 2008, pp. 1431 et ss.
- BRIÈRE, C., « Conflits de loi – Lois applicable aux obligations non contractuelles – Règlement Rome II – Entrée en vigueur – Application dans le temps », *JDI*, n° 2, 2012, pp. 12 et ss.
- BRIMO, S., « Les potentialités du contentieux de la carence administrative en matière de santé et d'environnement », *AJDA*, 2021, pp. 1256-1261.
- BROCAL VAN PLAUE, F., « La responsabilité de l'État et le risque alimentaire et sanitaire », *AJDA*, 2005, pp. 522-530.
- BRODECKI, Z., « The Polish-Soviet Disputes Arising from the Chernobyl Accident », in BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., et autres, *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{ème} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 249-262.
- BROWN, M. J., « Nuclear Ship Savannah and the law », *Atomic Energy Law Journal*, 1962, vol. 4, pp. 299-325.
- BRUN, P., « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *RTD. Civ.*, 2010, pp. 487-499.

- BRUN, P., « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *RCA*, 2003, pp. 37-42.
- BRUN, P., « Le délai butoir, *dies certus* ultime et la garantie des vices cachés », *D.*, 2020, pp. 2154-2256.
- BRUN, P., « Les préjudices réparables en droit français positif et prospectif », in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IRJS Ed., 2012, pp. 597-608.
- BRUN, P., « Rapport introductif », in *La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle : bilan prospectif*, RCA, Hors-série, Paris, 2001, pp. 4-9.
- BRUN, P., « Causalité juridique et causalité scientifique », *Revue Lamy de droit Civil*, 2007, supp. 40, pp. 15-20.
- BRUN, P., PIERRE, P., « La responsabilité pour les actes transfusionnels », *Lamy Droit de la responsabilité*, 2015, n°390-29.
- BRUNET, P., « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation » in FRYDMAN, B., MEYER, M., *De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, 2012, pp. 189-203.
- BÜRGE, A., « Savigny comparatiste : l'exemple de la responsabilité à raison du risque », *Droit et Philosophie*, vol. 1-2009, pp. 59-75.
- BURNS, S., « A Global Nuclear Liability Regime: a Journey or a Destination? », *International Nuclear Law Association*, 2012 Congress, 8 – 11 October 2012.
- C**
- CADIET, L., « Le spectre de la société contentieuse », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à G. Cornu*, Paris, PUF., 1994, pp. 29-50.
- CADIET, L., « Les métamorphoses du préjudice » in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF., 1998, pp. 37-64.
- CADIET, L., « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 495-510.
- CADIET, L., « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation*, 2013, pp. 13 et ss.
- CADIET, L., « Illusoire renforcement du droit des actions de groupe ? », *JCP G*, 1992, I, 3587.

- CAHIER, P., « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », in *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Institut universitaire de hautes études internationales (Genève), Leyde, Sijthoff, 1977, pp. 409-434.
- CAICEDO DEMOULIN, J.J., « Jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *RQDI*, 2009, vol. 22-2, pp. 137-229.
- CAILLON, E., « Les troubles psycho-traumatiques chez l'adulte », *Gaz. Pal.*, 17 février 2015, pp. 14 et ss.
- CALABRESI, G., « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », *Yale Law Journal*, vol.70, 1961, pp. 499-533.
- CAMPROUX-DUFRÈNE, M. P., « Réflexion sur l'indemnisation des victimes », *Gaz. Pal.*, 1997, pp. 337 et ss.
- CANIVET, G., « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », in *Etudes offertes à Geneviève Viney : Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 213-228.
- CAPELETTI, M., « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphose de la procédure civile) », *RIDC*, 1975, n°27-3, pp. 571-597.
- CAPITANT, R., « La double notion de travail public », *RDP*, 1929, pp. 507 et ss.
- CARBONNIER, J., « Les choses inanimées ont-elles une âme ? » in *Anthropologies juridiques. Mélanges Pierre Braun*, Limoges, 1998, pp. 137-154.
- CARNAHAN, B. M., « Treaty review conferences », *AJIL*, vol. 81, 1987, pp. 226-230.
- CARIO, R., « Médias et insécurité : entre droit d'informer et désillusion sécuritaire », *D.*, 2004, pp. 75-80.
- CAROLL, S., « Avantages et inconvénients d'un pool pour couvrir la responsabilité des exploitants nucléaires », *BDN*, vol. 81, 2008/1, pp. 85-110.
- CARPENTIER, C., « Société mère et droit de l'environnement », *Revue Lamy Droit des affaires*, novembre 2012, n°76, pp. 79-82.
- CARTRON, D. « Quelle place pour la victime d'un accident médical devant le juge pénal ? », *RCA*, 2013, n°26, pp. 26-29.
- CASTAGNÈDE, J., « Les petits responsables. Réflexions sur la responsabilité pénale et la responsabilité civile du mineur », in *Mélanges C. Lapoyade-Deschamps*, Bordeaux, PU, 2003, pp. 119-139.
- CASTANOS, S., « Les rapports de la volonté dans les traités-lois et les traités-contrats », in *Mélanges Séfériadès*, vol. I, Athènes, École des Sciences politiques « Panéios » d'Athènes, 1961, pp. 351-365.

- CAUBET CHRISTIAN, G., « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 99-120.
- CAZALA, J., « Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de tout autre "règle pertinente de droit international applicable entre les parties" en tant que "passerelle" jetée entre les systèmes juridiques différents » in RUIZ-FABRI, H., GRADONI, L., *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, Paris, 2009, pp. 95-136.
- CHABAS, F., « Cent ans d'application de l'article 1384 », *RCA*, 2001, n°32, pp. 41-45.
- CHABAS, F., « L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité civile », *Risques*, 1993, n°14, pp. 83-89.
- CHABAS, F., « L'interprétation de l'article 1384 al.1^{er} du Code civil en droit français » in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergence et divergences*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 271-279.
- CHABAS, F., « Note sous CC, 22 octobre 1982 », *Gaz. Pal.*, 1983, I, 60.
- CHAINAIS, C., « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé » in JEULAND, E., FLISE, L., (dirs.), *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, Paris, IRJS Ed. , 2015, pp. 11 et ss.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « L'autonomisation relative des références à la sécurité dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [En ligne], n°21.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Les enjeux normatifs de la fondamentalisation du droit à la sécurité », in TOUILLIER, M., (dir.), *Le Code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 81 et ss.
- CHAPUS, R., « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, pp. 235-282.
- CHARNOFF, G., « Les demandes en réparation de dommages radiologiques : en augmentation, en diminution ou stabilité ? », *BDN*, vol. 40, 1987/2, pp. 82-91.
- CHAUMETTE, P., « L'activation du lien prévention-réparation », *Droit social*, 1990, pp. 724 et ss.
- CHAUMETTE, P., « La subrogation personnelle sans paiement ? », *RTD civ.*, 1986, pp. 33 et ss.
- CHAVRIER, G., « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *AJDA*, 2003, pp. 1026-1031.
- CHAYET, C., « Les accords en forme simplifiée », *AFDI*, 1957, vol. 3, pp. 3-13.

- CHAZAL, J.-P., « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in ALBIGÈS, C., ARTZ, J.-F., BADENAS, C.J.M., *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 280 et ss.
- CHAZAL, J.-P., « L'ultra indemnisation : une réparation au-delà des préjudices directs », *D.*, 2003, p. 2326.
- CHENU, A., « La Convention OEEC et ses motifs », *Nucleus*, novembre 1960.
- CHEVALLIER, J., « La résurgence du thème de la solidarité » in *La solidarité, un sentiment républicain ?*, Paris, PUF, 1992, pp. 111-135.
- CHEVALLIER, J., « L'obligation en droit public », *APD*, 2000, n°44, pp. 179-194.
- CHEVALLIER, « Ce qui fait discipline en droit » in AUDREN, F., BARBOU DES PLACES, S., (dirs.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Évolution et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 47-59.
- CHIFFLOT, N., « La causalité dans le droit de la responsabilité administrative. Passé d'une notion en quête d'avenir », *Dr. admin.*, 2011, n°11, étude n°20.
- CLAEYS, A., « Les transferts de responsabilité », in *La responsabilité administrative*, Travaux de l'AFDA, n°6, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 147-160.
- CLEARWATER, T., « Cambridge Water Co Ltd v Eastern Counties Leather plc: A Case Comment », *Saskatchewan Law Review*, vol. 58, n°2, 1994, pp. 333-356.
- CLETIENNE, M., « La Cour internationale de Justice sur les dommages transfrontières potentiels : conséquences en droit nucléaire », *BDN*, vol. 86, 2010/2, pp. 65-72.
- CLIQUENNOIS, M., « Essai sur la responsabilité de l'État du fait de ses activités de contrôle et de tutelle », *LPA*, 1995, n° 98 pp. 4 et ss.
- COËNT, J.-F., « Responsabilité de l'Etat qui n'exerce pas ses pouvoirs de police des installations classées », *AJDA*, 2001, pp. 593-597.
- COFFEY, M.-P., « In Defense of Limited Liability – a reply to Hansmann and Kraakman », *George Mason University Law Review*, vol. 1, 1994, pp. 59-91.
- COMBACAU, J., « L'écoulement du temps », in *Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, pp. 77 et ss.
- COMBACAU, J., « Obligations de résultat et obligation de comportement. Quelques réflexions et pas de réponse », in *Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 181 et ss.

- COMBACAU, J., « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », *APD*, vol. 31, 1986, pp. 85-105.
- CONDORELLI, L., « La réparation des dommages catastrophiques causés par les activités spatiales » in *La réparation des dommages catastrophiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 301-318.
- CORGAS-BÉRNARD, C., « Propos introductif », *RCA*, 2013, n°26, pp. 7-8.
- CORTEN, O., « Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation ? », *RGDIP*, n° 2, vol. 115, 2011, pp. 351-366.
- COT, J.-P., « La bonne foi et la conclusion des traités », *RBDI*, 1968/1, pp. 141-159.
- COT, J.-P., « La conduite subséquente des parties à un traité », *RGDIP*, vol. 70, 1966, pp. 632-666.
- COTTIN, M., « Les activités non pénales du parquet », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, 2012/2, pp. 161-168.
- COURTIEU, G., « L'indemnisation des accidents médicaux : des lois perverses », *RCA*, 2003, chron. 6.
- COUTURE, E., « Le procès comme institution », *RIDC*, 1950, n°2-2, pp. 276-281.
- COUZINET, J.-F., « La notion de faute lourde en droit administratif », *RDP*, 1977, pp. 283 et ss.
- CRADO DEL RIO, M.T., « Le syndrome subjectif post-traumatique : aspects légaux et médicolégaux », *RFDC*, t. 22, 1996.
- CROCQ, L., « Les réactions émotionnelles dans les catastrophes », *Encyclopédie médicale de chirurgie*, vol.63, 1987, pp. 8 et ss.
- CROZE, H., « Le traitement des divergences de jurisprudence », in ANCEL, P., RIVIER, M.-C., *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, Publication de l'Université de Saint Etienne, 2003, pp. 207-221.
- CURRIE, E.J.D., « The Problems and Gaps in the Nuclear Liability Conventions and an Analysis of how an Actual Claim Would be Brought under the Current Existing Treaty Regime in the Event of a Nuclear Accident », *Denver Journal of International Law and Policy*, 2006, vol. 35, n° 1, pp. 85-127.

D

- D'ARGENT, P., DE VAUCLEROY, A., « Le contenu de l'omission illicite : la non-utilisation de moyens raisonnables » in SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, pp. 255-279.
- DAILLIER, P., « Monisme et dualisme : un débat dépassé » in ACHOUR, B., LAGHAMI, S., (dirs.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, pp. 9-21.

- DALLEST, J., « L'ouverture d'une information judiciaire, une nécessité résiduelle », *AJ Pénal* 2004, pp. 346-353.
- DAVIES, D.B., « La Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires et participation des pays en développement : perspective de l'Afrique du Sud », *BDN*, vol. 93, 2014/1, pp. 25-44.
- DE BÉCHILLON, D., « Genèse et structure de la responsabilité sans faute de l'État en droit administratif français », in KIRAT, T., (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regard sur le droit en action*, Paris, LGDJ, 2003, pp. 73-94.
- DE BÉCHILLON, D., « À propos des catégories du droit de la responsabilité », in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Les colloques du Sénat, 2001, pp. 307-318.
- DE BERSAQUES, A., « L'abus de droit en matière contractuelle », *RCJB*, 1969, pp. 497 et ss.
- DE CORAIL, J.-L., « La faute de service public considérée dans ses rapports avec les notions d'obligations d'activité », in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002.
- DE LA FAYETTE, L., « Vers un nouveau régime de responsabilité de l'État visant les activités nucléaires », *BDN*, vol. 50, 1992/2, pp. 7-39.
- DE LA TAILLE, G., « Quelle place aujourd'hui pour la faute lourde en matière de police administrative ? », *AJDA*, 2014, pp. 1553-1554.
- DE LA TAILLE, G., « L'engagement de la responsabilité de l'État dans l'accident AZF », *AJDA*, 2013, pp. 749-754.
- DE LESQUEN, X., « Accident de l'usine AZF : dans quelles conditions la responsabilité de l'État aurait-elle pu être recherchée - Conclusions sur CE, 17 décembre 2014, n° 367202, *Époux Molin* » *BDEI*, 2015, n° 55, pp. 9 et ss.
- DE MONTECLER, M.-C., « Le juge des référés du Conseil d'État sur le front du coronavirus », *AJDA*, 2020, p. 700.
- DE NERCY, B., « Présentation générale du droit nucléaire », *RGN*, 1981, n°2, pp. 91 et ss.
- DE PERTHUIS, C., « L'action collective à la française : Étude de droit comparé entre le droit français et le droit américain », *LPA*, n°60, 2014, pp. 21 et ss.
- DE ROANY, C., « Des principes de précaution. Analyse de critères communs et interprétation différenciée », *RJE*, n°2, 2004, pp. 143-156.

- DEGUEN, S., ZMIROU-NAVIER, S., « Expositions environnementales et inégalités sociales de santé », *ADSP*, n°73, 2010, pp. 27-28.
- DEGUERGUE, M., « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA*, 1995, pp. 211-226.
- DEGUERGUE, M., « Les avancées du principe de précaution en droit administratif », *RIDC*, 2006, n°58-2, pp. 621-646.
- DEGUERGUE, M., « Responsabilité sanitaire et responsabilité environnementale », *RDSS*, 2019, pp. 135-148.
- DEHARBE, D., « Cour administrative d'appel de Bordeaux (2^e partie) », *Environnement*, n° 8-9, 2003, chron. 21.
- DEHAUSSY, J., « Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies », *Mélanges Guggenheim*, pp. 306-325.
- DEHAUSSY, J., « Le statut de l'État étranger demandeur sur le for français : droit international coutumier et droit interne », *JDI*, 1991, pp. 109 et ss.
- DEKEISTER, B., « Contentieux des contaminations post-transfusionnelles par le VHC et substitution de l'assurance privée à la solidarité nationale », *RCA*, 2014, n°10, pp. 7-10.
- DELAUNAY, B., « Le fait générateur de la responsabilité envers les générations futures », in MARKUS, J.P., (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 213-227.
- DELEAU, O., « La responsabilité pour dommages causés par les objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique », *AFDI*, 1968, vol. 14, pp. 747-755.
- DELEAU, O., « La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux », *AFDI*, 1971, vol. 17, pp. 876-888.
- DELEBECQUE, P., « La dispersion des sources de la responsabilité du transporteur aérien » in *Libre droit*, *Mélanges en l'honneur de P. Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 325-335.
- DELPIROU, D., « Intervention collective de l'industrie nucléaire dans la réparation complémentaire », in OCDE/AEN, *Accidents nucléaires — Responsabilité et garanties*, Symposium d'Helsinki, Paris, Ed. OCDE, 1993.
- DELPOUX, C., « Assurance et responsabilité : un couple en crise », *Risques*, n°10, 1992, pp. 79-88.
- DELPOUX, C., « Contamination par transfusion sanguine : Jurisprudence, Loi et Assurance », *RGAT*, 1992, pp. 25 et ss.

- DEMOURES, Y., « La responsabilité de l'exploitant nucléaire au regard de la réglementation française de la responsabilité civile », in *Droit nucléaire européen*, Paris, PUF, 1968, pp. 121-132.
- DENOLLE, A.-S., « Concours de police en matière environnementale : quelle place pour le maire ? », *ACT*, 2019, pp. 370-374.
- DEPRIMOZ, J., « L'assurance face aux risques technologiques majeurs », in BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., (dirs.), *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{ème} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 103-110.
- DEPRIMOZ, J., « La coopération internationale pour la couverture des dommages nucléaires aux tiers et des dommages aux installations nucléaires », *BDN*, vol. 32, 1983/2, pp. 35-51.
- DEPRIMOZ, J., « La notion de dommage nucléaire appliquée au cout des mesures préventives en cas de menace imminente de dommages aux tiers », in OCDE, *La responsabilité civile et l'assurance – Symposium de Munich, 1984*, Paris, Éd. OCDE, 1985, pp. 214-230.
- DEPRIMOZ, J., « Les nouvelles conditions de couverture d'assurance en France des dommages aux tiers dus à la radioactivité », *BDN*, vol. 29, 1982/1, pp. 56-63.
- DESCHAMPS, M.A., « Catastrophe et responsabilité », *Revue Française de Sociologie*, 1972, vol. 13, pp. 376-391.
- DEUMIER, P., GOUT, O., « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°31, Mars 2011.
- DEUMIER, P., « La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle ? », *RTD civ.*, 2014, pp. 71-76.
- DISTEFANO, G., « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *RGDIP*, vol. 115, 2011, pp. 373-396.
- DISTEFANO, G., « La pratique subséquente des États parties à un traité », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 41-71.
- DIXIT, R.K., « Amendment or Modification of Treaties », *IJIL*, 1970, pp. 38 et ss.
- DOMINICE, C., « Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 623-648.
- DONNAT, F., CASAS, D., « Lorsque l'administration ne peut plus, sans faute, rester inactive », *AJDA*, 2004, p. 974-977.
- DOUCHY, M., « La notion de non-droit », *RRJ*, 1992, n°2, pp. 433-476.

- DOURNAUX, F., « La densification normative, processus d'évolution du droit », in THIBIERGE, C., (dir.), *La densification normative*, Paris, Mare & Martin, 2013, pp. 200 et ss.
- DOW, J. C., « The organisation and development of international liability capacity and national market pools, with special reference to new « nuclear countries », in OCDE, *La responsabilité civile et l'assurance – Symposium de Munich, 1984*, Paris, Édition OCDE, 1985, pp. 172-182.
- DRAGO, R., « Liberté d'entreprendre et environnement » in *Libertés, Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 105 et ss.
- DUBIN, J.A., ROTHWEKK, G.S., « Subsidy to nuclear power through Price Anderson liability limit », *Contemporary Policy Issue*, 1990, pp. 73-78.
- DUBOUT, E., « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 74, 2008, pp. 383-418.
- DUBUISSON, B., « Les dommages en série – responsabilité, assurance et indemnisation », *RGAR*, 2015, vol. 88, n°13, 15182.
- DUCHARME, T., « L'État peut-il être responsable de la carence du législateur ? Note sous CE, 24 octobre 2019, n° 407932 », *Dr. admin.*, n° 1, 2020, comm. 4
- DUCHE, P., « Origine et développement des "captives" », in EWALD, F., LORENZI, J.-H., (dirs.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1999, pp. 1647-1162.
- DUFOUR, O., « Rapport Catala : l'ambitieuse réforme du droit des obligations », *LPA*, 5 octobre 2005, n°198, pp. 3-5.
- DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », *RDLF*, 2018, chron. 13.
- DUPRÉ DE BOULOIS, X., « Chronique des thèses : Rapport sur la thèse de Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme* », *RFDA*, 2013, pp. 201 et ss.
- DUPUY, P.-M., « Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy », in CANNIZZARO, E., (dir.), *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, OUP, 2011, pp. 123-137.
- DUPUY, P.-M., « Le rôle de l'État dans l'indemnisation des dommages catastrophiques », in *La réparation des dommages catastrophiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 219-248.
- DUPUY, P.-M., « La préservation du milieu marin » in DUPUY, R.-J., VIGNES, D., (dirs.), *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, Economica, 1985, pp. 1029-1048.

- DUPUY, P.-M., « Faute de l'État et fait internationalement illicite », *Droits*, n° 5, 1987, pp. 51 et ss.
- DUPUY, R.-J., « Coutume sage et coutume sauvage » in *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87.
- DURRY, G. « Rapport de synthèse - Le préjudice : questions choisies », *RCA*, 1998, hors-série, pp. 32-35.
- DURRY, G., « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, PUF, pp. 707-715.
- DURRY, G., « Les grandes catégories d'assurance » in EWALD, F., LORENZI, J.-H., (dirs.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1999, pp. 521-540.
- DUSSART-DESART, R., « Les conclusions du groupe d'experts voué au montant de responsabilité et aux question associées », *Taking nuclear third party liability into the future / Fair compensation for citizens and level playing field of operator*, Bruxelles, 20-21 janvier 2014, p. 14.
- DUSSART-DESART, R., « La réforme de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la Convention complémentaire de Bruxelles – Un survol des principaux éléments de la modernisation des deux Conventions » in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, Paris, Édition OCDE, 2006, pp. 243-270.
- DUTHELLER DE LAMOTHE, L., ODINET, G., « Perquisition : le Conseil d'État fouille dans ses classiques - chronique sous CE, avis, 6 juillet 2016, n° 398234, *Napol* », *AJDA*, 2016, pp. 1135-1141.
- E**
- EDDINGTON, A. S., « Address to the British Association in Cardiff », in *Observatory*, 24 août 1920, pp. 351-358 ; reproduit in EDDINGTON, A. S., *The Internal Constitution of the Stars*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 424 p.
- EDLINGER, S., HUGLO, C., « Au-delà de l'arrêt du Conseil d'État sur l'affaire AZF, nouvelle réflexion sur la responsabilité », *Énergie, Environnement, Infrastructure*, n°3, Mars 2015, comm. 27.
- EISENMANN, C., « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques », *JCP G*, 1949, n° 742-751.
- EMMERECHTS, S., « Droit de l'environnement et droit nucléaire : une symbiose croissante », *BDN*, vol. 82, 2008/2, pp. 95-11.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « Réflexion sur le sens de la réparation en droit français », *RGD*, vol. 33, n°2, pp. 211- 221.

ENGEL, L., « Réguler les comportements » in FERENCZI, T., (dir.), *De quoi sommes-nous responsables ?* Paris, Le Monde-Ed., 1997, pp. 84 et ss.

ENGEL, S., « Les clauses de révision dans les traités internationaux multilatéraux d'après-guerre », *RDILC*, 1939.

ERLER, G., « Rapport général », in ALBONETTI, A., BELSER, W.E. et a., *Droit nucléaire européen*, Paris, PUF, 1968, pp. 135 et ss.

ESTEVE PARDO, J., « De la policía administrativa a la gestión de riesgos », *Revista española de derecho administrativo*, n°113, 2003, pp. 323 et ss.

EVEILLARD, G., « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA*, 2006, pp. 73-747.

EVEILLARD, G., « L'exclusivité des polices environnementales », *AJDA*, 2020, pp. 1229-1236.

EWALD, F., « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution », in GODARD, O., (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, MSH, 1998, pp. 99-126.

EWALD, F., « Philosophie de la précaution », *L'année sociologique*, 1996, vol. 46, n° 2, pp. 383-412.

EWALD, F., « La véritable nature du risque de développement et sa garantie », *Risques*, 1993, n°14, pp. 9-47.

EWALD, F., « La société assurantielle », *Risques*, n°1, 1990, pp 1-23.

F

FAGES, B., « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC*, 2007/1, pp. 115-125.

FAGNART, J.-L., « Recherche sur le droit de la réparation », in *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilité et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 135-157.

FAUCHILLE, P., « Session Neuchâtel », *Ann. IDI*, 1900, t. 18, pp. 235 et ss.

FAURE, M.G., LIU, J., « The Tsunami of March 2011 and the Subsequent Nuclear Incident at Fukushima: Who Compensates the Victims? », *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, vol. 37, 2012, pp. 129-218.

FAURE, M.G., FIORE, K., « An Economic Analysis of the Nuclear Liability Subsidy », *Pace Environmental Law Review*, vol. 26, 2009, pp. 419-447.

- FAURE, M.G., VANDEN BORRE, T., « The US versus the international Nuclear Liability and Insurance System : An economic analysis », *Nuclear Interjura Congress*, Bruxelles, 2007.
- FAURE, M.G., « Alternative compensation mechanisms as remedies for uninsurability of liability », *Geneva papers on Risk and Insurance Theory*, vol. 29, 2004, pp. 455-489.
- FAUVARQUE-COSSON, B., « Vers un universalisme renouvelé : quelles en sont les manifestations en droit ? », *Diogène*, vol. 219, 2007, pp. 68-81.
- FAUVARQUE-COSSON, B., FRANÇOIS, J. « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.*, 2008, pp. 2512-2522.
- FEUERBACH-STEINLE, M.-E., « Le droit des catastrophes et la règles des trois unités de temps de lieu et d'action », *LPA*, n°90, 28 juillet 1995, pp. 9-12.
- FIFE, R. E., « Les techniques interprétatives non juridictionnelles de la norme internationale », *RGDIP*, vol. 115, 2011, pp. 367-372.
- FISCHER, J., « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 383-396.
- FISCHER, G., « La conférence d'examen de la Convention interdisant les armes bactériologiques ou à toxines », *AFDI*, vol. 26, 1980, pp. 89-99.
- FISCHERHOF, H., « Das Problem einer dogmatischen Begründung der rechtlichen Kanalisierung der Haftung auf den Betreiber einer Kernanlage », *VerS*, 1966, pp. 601-604.
- FISCHERHOF, H., « Essai d'une théorie juridique de la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant d'une installation nucléaire », in *Droit nucléaire européen*, Paris, PUF, 1968, pp. 112-121.
- FITZMAURICE, G., « Troisième rapport sur le droit des traités », *ACDI*, 1958-II, pp. 28 et ss.
- FITZMAURICE, G., « Do treaties need ratification? », *BYBIL*, 1934, pp. 113-137.
- FITZMAURICE, G., « The Law and Procedure of the International Court of Justice : Treaty Interpretation other Treaty Points », *BYIL*, vol. 28, 1951, pp.1-38.
- FITZMAURICE, M., « Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaty Part I », *The Hague Yearbook of international law*, 2008, pp. 101-153.
- FITZMAURICE, M., « Dynamic (evolutive) interpretation of treaty Part II », *The Hague Yearbook of international law*, 2009, pp. 3-31.

- FLAKUS, F.N., CLEVELAND, J.C, DOLAN, T.J, « Fusion nucléaire : préciser les objectifs de la sûreté et de la protection de l'environnement », *AIEA bulletin*, 4/1995, pp. 22-25.
- FLAUSS, J.-F., « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme » *AJDA*, 1994, pp. 511-544.
- FLOUR, Y., « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *Droits*, n°5, 1987, pp. 29-43.
- FORIERS, P., « Les lacunes du droit », in PERELMAN, C., (dir.), *Logique et Analyse*, vol. 37, 1967, pp. 57-77
- FORK, W.E., PETERSON, C.H., « L'énergie de fusion et la responsabilité civile nucléaire », *BDN*, vol. 93, 2014/1, pp. 45-66.
- FORNASIER, R., « Une expérience de solidarité internationale : la Convention complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 », *AFDI*, vol. 8, 1962, pp. 762-772.
- FORNASIER, R., « Le droit international face au risque nucléaire », *AFDI*, vol. 10, 1964, pp. 303-311.
- FORTEAU, M., « Le droit international privé, reflet des limites (mais aussi de la nature) du droit international public », in D'ARGENT, P., BONAFÉ, B., COMBACAU, J., *Les limites du droit international, Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 55-68.
- FORTEAU, M., « Les renvois inter-conventionnels », *AFDI*, 2003, n°49, pp. 71-104.
- FORTEAU, M., « Repenser la logique de traitement des rapports entre ordres juridiques : Changer de regard : tout ne serait-il pas affaire de droit applicable, plutôt que d'ordre juridique ? », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 633-652
- FORTEAU, M., « Les techniques interprétatives de la Cour Internationale de Justice », *RGDIP.*, n° 2, vol. 115, 2011, pp. 399-416.
- FOUCHER, K., « La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou », *AJDA*, 2011, pp. 1158-1161.
- FOULQUIER, N., « Répartition des responsabilités en cas de dommages causés par un ouvrage public », *RJEP*, 2008, n° 652, comm 17.
- FOUSSAT, B., « Une réforme nécessaire (à propos des assurances obligatoires) », *Risques*, n°12, 1992, pp. 27 et ss.
- FOX, H., « Article 31(3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the Kasikili/Sedudu island case », in FITZMAURICE, M., ELIAS, O. et a., *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties : 30 Years on*, Leiden/Boston, *Martihnus Nijhoff*, 2010, pp. 59-74.

Fraisse, R., « Le législateur et les juges en matière de responsabilité : duo ou duel ? », *AJDA*, 2005, pp. 2215-2221.

FRAYSSINET, J., « Droit, droits et nouvelles technologies », Rapport présenté au 30ème congrès de l'Institut international de Droit d'expression et d'inspiration françaises, Le Caire, décembre 2006, pp. 1 et ss.

FRYDMAN, B., « Le droit comme savoir et comme un instrument d'action dans la philosophie pragmatique », *RRJ*, 2017, n° 5, pp. 1807-1821.

FRYDMAN, P., « Conclusion sur CE, avis 15 octobre 1993 », *RFDA*, 1994, pp. 553 et ss.

FUMIKAZU, Y., « The Fukushima Nuclear Disaster: One of the World's worst cases of pollution », *Fukushima: A Political Economic Analysis of a Nuclear Disaster*, Chapter 2, 2013, pp. 21-60.

G

GAILLARD, L., « Entre incertitudes et dissensus : le cumul possible des différentes responsabilités délictuelles ? », *Doctrin'Actu*, janvier 2019, art. 26.

GALLMEISTER, I., COURBE, P., « Quelle place pour le forum non conveniens ? », *D.*, 2008, pp. 1452-1457.

GAMBIER, D., « ITER : entre géopolitique et gouvernance internationale », *RDUE*, 2010-4, pp. 729-757.

GATTINI, A., « La notion de faute à la lumière du projet de la Convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale », *EJIL*, 1992, n°3, pp. 253-284.

GAUDEMET, Y., « La responsabilité de l'État du fait de ses activités de contrôle » in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 561-574.

GAUDEMET, Y., « Responsabilité de l'administration et nouvelles activités de contrôle », in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ? Les Colloques du Sénat*, 2001, pp. 247-259.

GAUTRON, J.-C., « La responsabilité du constructeur de centrale nucléaire », Conférence du 29 novembre 1959.

GAVOUNELI, M., « L'effet normatif des mécanismes de suivi : l'exemple de la lutte contre la corruption » in *SFDI, Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Paris, Pedone, 2014, pp. 45 et ss.

GEHR, W., « La question de la responsabilité exclusive — La réponse de l'Autriche » in *AEN/OCDE, Réforme de la responsabilité civile nucléaire — Budapest Symposium*, 1999, Paris, Édition OCDE, 2000, pp. 463-474.

GÉNY, F., « Risque et responsabilité. A propos de deux thèses récentes », *RTD Civ.*, 1902, pp. 812-849.

- GEORGOPOULOS, T., « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives : quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *RGDIP*, vol. 108, 2004, pp. 123-147.
- GHESTIN, J., « Les données positives du droit », *RTD. Civ.*, 2002, pp. 11-30.
- GIANSETTO, F., « Le droit international à l'épreuve des nouveaux contentieux en matière de responsabilité climatique », *JDI*, 2018, doct. 6.
- GILLIG, D., « Du lancer de nains à l'autorisation d'exploiter un centre de traitement et de valorisation de déchets : le principe du respect de la dignité humaine à l'épreuve du droit des installations classées », *Environnement*, 2009, n° 1, comm. 5.
- GILLON, L., « Contraintes et risques technologiques », in *La réparation des dommages catastrophiques.*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 15-22.
- GINESTET, C., « Le regroupement fondé sur la complexité du contentieux : la matière économique et financière », in GINESTET, C., (dir.), *La spécialisation des juges*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, 2012, pp. 129-141.
- GIOIA, A., « Maritime Zones and the New Provisions on Jurisdiction in the 1997 Vienna Protocol and in the 1997 Convention on Supplementary Compensation », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Édition OCDE, 2000, pp. 299-322.
- GIOIA, A., « Les zones maritimes et les nouvelles dispositions en matière de compétence juridictionnelle dans le Protocole de Vienne de 1997 et dans la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires », *BDN*, vol. 63, 1999/1, pp. 27-41.
- GIRARD, B., « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [En ligne], n°21.
- GIRAUD, E., « Le droit positif : ses rapports avec la philosophie et la politique », in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 210-236.
- GIRAUD, E., « Modification et terminaison des traités collectifs », *AIDI*, Session Salzbourg, 1961, t.1, pp. 1 et ss.
- GLANSDORFF, F., « Les présomptions de responsabilité n'existent-elles qu'en faveur des victimes ? », in *Mélanges Roger O. Dalcq - Responsabilité et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 227-240.
- GODFRIN, G., « Trouble de voisinage et responsabilité environnementale », *Constr.-Urbanisme*, Déc. 2010, étude 16.

- GOLDIE, L.F.E., « International Principles of Responsibility for Pollution », *CJTL*, 1970, vol. 9, pp. 283-330
- GOLDIE, L.F.E., « Liability for Damage and the Progressive Development of International Law », *ICLQ*, vol. 14, 1965, pp. 1189-1240.
- GOLDIE, L.F.E., « Development of International Environment Law - An appraisal », in HARGROVE, J., (dir.), *Law Institutions and the Global Environment*, Oceana Publications Inc., Leiden, 1972, pp. 104-149.
- GOLDSTEIN, G., « Le forum non conveniens en droit civil », *Rev. crit. DIP*, 2016, pp. 51-85.
- GOLLIER, C., « La solidarité sous l'angle économique », *RGDA*, n°3, 2002, pp. 826 et ss.
- GOLLIER, C., « Le risque de développement est-il assurable ? », *Risques*, 1993, n°14, pp. 49-58
- GOMEZ LIGUERRE, C., « Responsabilité solidaire et canalisation de la responsabilité », *RDC*, n° 116, 2019, pp. 252-259.
- GONZALES, A., « Key note adress : imputability of health effect to low-dose radiation exposure situation », Nuclear Inter Jura Congress, 2014, Buenos Aires.
- GORTAIS, J., « Victime et traumatisme psychique », *Journal des psychologues*, n°144, 1995, pp. 21-23.
- GOTLIEB, A., DALFEN, C., « National jurisdiction and International Responsibility : New approaches to International law », *AJIL*, vol. 67, 1973, pp. 209 et ss.
- GOUJON-BETHAN, T., « Les mesures d'instruction *in futurum* à l'épreuve du droit à la preuve », *D. Act.*, 17 septembre 2021.
- GOUT, O., « La diversité des systèmes d'indemnisation », *RLDC*, 2004, n°10, pp. 55 et ss.
- GOUT, O., PORCHY-SIMON, S., « Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel », *D.*, 2015, pp. 1499-1505.
- GRAEFRATH, B., « Responsibility and Damages Caused : Relationship between Responsibility and Damages », *RCADI*, vol. 185, 1985, pp. 104 et ss.
- GRAMMATICO-VIDAL, L., « Le réacteur expérimental thermonucléaire international ITER : quel droit applicable pour cet exploitant nucléaire de niveau international ? », *BDN*, vol. 84, 2009/2, p. 113-125.
- GRAMMATICO-VIDAL, L., « Quand la science se heurte au droit : responsabilité civile nucléaire et installations de fusion », in GUEZOU, O., MANSON, S., *Droit public et nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 227-234.

- GRANGER, M.-A., « Existe-t-il un droit fondamental à la sécurité ? », *RSC*, 2009, pp. 273-297.
- GRIMONPREZ, B., « Le voisinage à l'aune de l'environnement », in TRICOIRE, J.-P., *Variation sur le thème du voisinage*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, pp. 141-160.
- GRIMONPREZ, B., « Pour une responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales », *Revue des sociétés*, 2009, pp. 715-733.
- GROUD, H., « Réflexions sur le contrôle des installations classées. À propos de la jurisprudence récente », *AJDA*, 2005, pp. 1492-1498.
- GROUDEL, H., « Les démembrements du régime général de responsabilité délictuelle du fait des choses », in LEDUC, F., (dir.), *La responsabilité délictuelle du fait des choses, réflexion autour d'un centenaire*, Paris, Economica, 1997, pp. 61 et ss.
- GROUDEL, H., « Portée de l'acceptation de l'offre du FIVA par la victime ou ses ayants-droits », *RCA*, 2007, comm. 55.
- GROUDEL, H., « Quelle prise en charge ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, Paris, LexisNexis, 2001, pp. 66-68.
- GROUDEL, H., « Réflexion sur la subrogation anticipée », *D.*, 1987, pp. 283 et ss.
- GRUENDEL, R.J., REYNAERS KINI, E., « De l'autre côté du miroir : le nouveau régime indien de responsabilité civile nucléaire vu dans son contexte », *BDN*, vol. 89, 2012/1, pp. 47-70.
- GUÉGAN, A., « L'apport du principe de précaution », *RJE*, 2000, n°2, pp. 147-178.
- GUÉGAN, A., « La place de la responsabilité objective. Fait des choses/fait des activités dangereuses en droit français », in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IRJS Ed., 2012, pp. 229-250.
- GUÉGAN, A., « La place de la responsabilité civile après la loi du 1^{er} août 2008 », *Environnement*, n° 6, juin 2009, dossier 3.
- GUÉGAN-LÉCUYER, A., « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques », *D.*, 2004, pp. 17-20.
- GUÉGAN-LÉCUYER, A., « Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile : les activités dangereuses (Commentaire de l'article 1362 de l'Avant-projet Catala) », in BORGHETTI, J.-S. et a., *Liber amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 499-509.
- GUÉGAN-LÉCUYER, A., « Nouvelle claue pour l'obligation de minimiser le dommage, au visa de l'article 1382 », *Gaz. Pal.*, 2 juillet 2015, n° 183, pp. 11 et ss.

- GUEGUEN, R., « Les statistiques du contentieux nucléaire », in *Droit nucléaire, Le contentieux du nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, pp. 153-177.
- GUETTIER, C. « Du droit de la responsabilité dans ses rapports avec la notion de risque », *AJDA*, 2005, pp. 1499-1506.
- GUETTIER, C., « Droit administratif, risques et responsabilité de la puissance publique », in *Quelles perspectives pour la recherche juridique*, Paris, PUF, 2007, pp. 249-258.
- GUETTIER, C., « Faute civile et faute administrative », *RCA*, 2003, n°6, chron. 19.
- GUETTIER, C., « Responsabilité administrative et responsabilité civile : destins croisés », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, Paris, LexisNexis, 2001, pp. 30-41
- GUETTIER, C., « Disparition, maintien ou réformation de la dualité juridictionnelle ? », in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Les Colloques du Sénat, 2001, pp. 149-183.
- GUILLAUME, G., « Regard croisé sur la mise en œuvre des techniques interprétatives de la norme internationale – Discutant », *RGDIP*, vol. 115, 2011, pp. 418 et ss.
- GUINCHARD, S., « Rapport de synthèse », in GINESTET, C., (dir.), *La spécialisation des juges*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, 2012, pp. 223 et ss.
- GUYOMAR, M., « Conclusions sur CE, 17 décembre 2008, n° 305594, Section française de l'OIP », *Gaz. Pal.*, 24 février 2009, n° 55, pp. 26 et ss.

H

- HACENE, A., « Recours entre coauteurs : encore et toujours la primauté de la faute », *D. Act.*, 9 octobre 2018.
- HAFNER, G., BUFFARD, I., « Les travaux de la Commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages », in SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, pp. 146 et ss.
- HAMILTON, J., « Access by Victims to the Compensation Regime of the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage – the Question of ‘Geographical Scope’ », in OCDE/AEN, *Reform of Civil Nuclear Liability, Budapest Symposium 1999*, Paris, OCDE, 2000, pp. 99-113.
- HANDL, G., « An international Legal perspective on the Conduct of Abnormally Dangerous Activities in Frontier Areas: The Case of Nuclear Power Plant Siting'' », *Ecology Law Quaterly*, 1978, n°7, pp. 27-30.

- HANDL, G., « Preventing transboundary nuclear pollution : a post Fukushima legal perspective », in *Transboundary Pollution, Evolving Issues of International Law and Policy*, Cheltenham, Elgar Ed., 2012, pp. 190-232.
- HANDL, G., « State Liability for accidental transnational environmental damage by Private persons », *AJIL*, vol. 74, 1985, pp. 525-565.
- HANDL, G., « International liability of State for marine pollution », *The Canadian Yearbook of International Law*, 1983, Vancouver, vol. XXI, pp. 85 et ss.
- HANDL, G., « Liability as an obligation established by a primary rule of international law : Some basic reflections on the International Law Commission's work », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haye, vol. 16, pp. 49-79.
- HANDL, G., « Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses : Customary Principles of Law Revisited », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 13, 1975, pp. 156-194.
- HANDL, G., « Transboundary Nuclear Accidents: The Post-Chernobyl Multilateral Legislative Agenda », *Ecology Law Quarterly*, 1988, vol. 15, n°2, p. 203-248.
- HANDRLICA, J., « Harmonisation de la responsabilité civile nucléaire au sein de l'Union européenne : Défis, options et limites », *BDN*, vol. 84, 2009/2, pp. 37-69.
- HANDRLICA, J., « Le Règlement de Bruxelles I et la responsabilité nucléaire », *BDN*, vol. 86, 2010/2, pp. 33-54.
- HANNA, B., « Bhopal : catastrophe et résistances durables », *Vacarme*, 2006/1, n°34, pp. 133-137.
- HANNOUN, C., « La responsabilité environnementale des sociétés mères », *Environnement*, 2009, dossier 7.
- HANNOUN, C., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre d'après la loi du 17 mars 2017 », *Droit social*, 2017, pp. 806-818
- HARBRÜCKER, D., « Procédures et dépenses relatives à la gestion des demandes en réparation », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Édition OCDE, 2000, pp. 371-382.
- HARBRÜCKER, D., « Claims Settlement Procedures and Costs », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Édition OCDE, 2000, pp. 371-382.

- HARDY, M.J.L., « Nuclear liability: the general principles of law and further proposals », *The British Year Book of International Law*, vol. 36, 1961, pp. 223 et sz.
- HARDY, M.J.L., « International protection against nuclear risks », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 10, 1961, pp. 739-759.
- HARIHARAN, A., « India's Nuclear Civil Liability Bill and Supplier's Liability: One Step Towards Modernizing the Outdated International Nuclear Liability Regime », *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, vol. 36, 2011, pp. 223-255.
- HARLEY, J.E., « The Obligation to Ratify Treaties », *AJIL*, vol. 13, 1919, pp. 389-405.
- HA-VINH PHUONG, « Reassessing the Nuclear Liability Regime », *IAEA Bulletin*, spring 1985, pp. 55-57.
- HEBERT, J., « Application aux cas particuliers des dommages subis par l'enfant conçu et des dommages génétiques d'origine nucléaire », in ALBONETTI, A., BELSER, W. E. et a., *Droit nucléaire européen : colloque de droit nucléaire européen du 5-6 mai 1966*, Paris, PUF, pp. 21-40.
- HÉBERT, J., « Introduction aux travaux de la journée consacrée à l'examen de certains problèmes posés par le "dommage nucléaire" », in ALBONETTI, A., BELSER, W.E et a., *Droit nucléaire européen : colloque de droit nucléaire européen du 5-6 mai 1966*, Paris, PUF, pp. 21-40.
- HÉLAINE, C., « Restriction dans l'acceptation de la globalisation des sinistres », *D. Actu.*, 12 octobre 2020.
- HELMERSEN, S. T., « Evolutive interpretation: legality, semantics and distinctions », *EJLS*, vol. 6, 2013, pp. 127-148.
- HÉNAFF, P., « L'unité des notions cadres », *JCP G*, 2005, n°48, doct. 189.
- HENRIOT, J., « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité », *APD*, n°22, 1977, pp. 59-62.
- HERMON, C., « AZF, la responsabilité de l'État engagée », *Environnement*, n°6, 2013, étude 15.
- HERMON, C., « Entre victime, responsable et fautif, l'exigence d'une nouvelle équation, Propos sur la responsabilité administrative extracontractuelle », *RJO*, 1996, n°4, pp. 468 et ss.
- HERRERO DE LA FUENTE, A., « La valeur juridique de la réglementation internationale en matière de risques nucléaires », *BDN*, vol. 30, vol. 1982/2, pp. 49-62.
- HEUZÉ, V., « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G*, 2005, pp. 130 et ss.

HEUZÉ, V., MILLET, F., « Les fonds d'indemnisation et l'assurance », in VINEY, G., DUBUISSON, B., (dirs.) *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, Point de vue franco-belge*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 455 et ss.

HEXNER, E.P., « Interpretation by Public International Organization on their Basic instruments », *AJIL*, vol.53, 1959, pp. 331-340.

HEYES, A., LISTON-HEYES, C., « Capping Environmental Liability : The Case of North American Nuclear Power », *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 25, 2000, pp. 196-202.

HINTEREGGER, M., « La nouvelle Loi autrichienne sur la responsabilité civile pour les dommages nucléaires », *BDN*, vol. 62, vol. 1998/2, pp. 27-34.

HOCQUET-BERG, S., « La solidarité nationale réduite à peau de chagrin », *RCA*, n°2, 2015, étude 2.

HOLTZ, C., « La notion de dommages aux biens et les questions connexes en droit de la responsabilité civile – conséquences possibles pour la Convention de Paris », *BDN*, vol. 40, 1987/2, pp. 92-102.

HOLVECK, J., « La prise en charge des victimes du terrorisme : un enjeu devenu majeur », *Droit pénal*, n° 10, 2016, étude n°20.

HUGLO, C., « La QPC et la théorie de la préoccupation environnementale », *Environnement*, n°6, juin 2011, repère 6.

HUGLO, C., « La pratique de la réparation en matière de dommages catastrophiques », in BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., et autres, *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Louvain, 1990, pp. 145-156.

HUGON, C., « Le consommateur de justice », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 517 et ss.

I

INAGAKI, O., « Evolutionary Interpretation of Treaties Re-examined: the Two Stage Reasoning », *JICS*, vol. 22, 2015., pp. 127-149.

J

JACOB, J., « Prévention des risques technologiques à l'aide de la responsabilité civile en présence d'une innovation à double impact », *Economie et prévision*, 2013/1, n°202-203, pp. 1-18

JACOBSSON, M., « The International Conventions of Liability and Compensation for Oil Pollution Damage and the Activities of the International Oil Pollution Compensation Fund », in DE LA RUE,

- C.-M., (dir.), *Liability for Damage to the Marine Environment*, London, Lloyd's of London Press, 1993, pp. 39-58.
- JACOBSSON, M., « The concept of 'pollution damage' in the maritime conventions governing liability and compensation for oils spills », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire—Symposium de Budapest 1999*, Paris, Ed. OCDE, 2000, pp. 37–58.
- JACQUEMET-GAUCHÉ, A., « AZF : une décision explosive », *AJDA*, 2015, pp. 592-596.
- JACQUEMET-GAUCHÉ, A., BELRHALLI, H., « Trop ou trop peu de responsabilité : deux voix critiquent deux voies », *AJDA*, 2018, pp. 2058-2061.
- JACQUEMIN, Z., « La perte d'un être cher fait son entrée en droit allemand », *RDC*, 2018/2, pp. 303 et ss..
- JAEGER, L., « L'assurabilité de l'industrie nucléaire », in PONTIER, J.-M., ROUX, E., JAEGER, L., *Droit nucléaire - L'industrie du nucléaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018, pp. 215-232.
- JANICOT, L., « L'identification du service public géré par une personne privée », *RFDA*, 2008, pp. 67 et ss.
- JANKOWITSCH-PREVIOR, O., « La compétence normative de l'AIEA-Bases juridiques et source du droit » in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, Paris, Édition OCDE, 2006, pp. 15-35.
- JÉGOUZO, Y., « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », *AJDA*, 2005, pp. 1164-1170.
- JÉGOUZO, Y., « Police générale et police spéciale en matière environnementale », in VAUTROT-SCHWARZ, C., (dir.), *La police administrative*, Paris, PUF, 2014, pp. 151 et ss.
- JÈZE, G., « Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public », *RDP*, 1905, pp. 274 et ss.
- JONAS, D.S., SAUNDERS, T.N., « The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretative Methods », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2010, pp. 565-609.
- JOSSERAND, L., « La responsabilité envers soi-même », *DH*, 1934, chron. 73.
- JOSSERAND, L., « Sur la reconstitution d'un droit des classes », *D.*, 1937, pp. 2 et ss.
- JOURDAIN, P. « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage », *RTD civ.* 2012, pp. 324-325.
- JOURDAIN, P., « « Du critère de la responsabilité civile », in *Etudes offertes à Geneviève Viney : Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 553-562.

JOURDAIN, P., « La constitutionnalisation de la responsabilité civile : le cas français », *RCA*, 2016, n°3, étude 4.

JOURDAIN, P., « la date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA*, 9 novembre 2004, pp. 49 et ss.

JOURDAIN, P., « La prescription de l'action en responsabilité extra-contractuelle : en cas de dommage corporel, le délai de la prescription court du jour de la consolidation », *RTD Civ.*, 2000, pp. 851-852.

JOURDAIN, P., « Le préjudice et la jurisprudence », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, Paris, LexisNexis, 2001, pp. 45 et ss.

JOURDAIN, P., « Principe de précaution et responsabilité civile », *LPA*, 31 novembre 2000, n°329, pp. 51-58.

JOUVIN, M., « Conclusions sur CE, 7 mars 1958, *Secrétaire d'État à la santé publique c/Dejous* », *RFDA*, 1958, pp. 1094 et ss.

K

KADNER GRAZIANO, T., « The Law applicable to cross border damage to the environment. A commentary on article 7 of the Rome II Regulation », *Yearbook of private international law*, 2007, vol. IX, pp. 80 et ss.

KADNER GRAZIANO, T., « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle », *Rev. crit. DIP*, 2008, pp. 445-511.

KARR, H., « Künftiges deutsches Atomrecht nach den europäischen Atomhaftungskonventionen, Versicherungsrecht », 1966, pp. 1-12.

KAUFMANN, O. K., « La Convention européenne sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire », *Revue hellénique de droit international*, 1961, pp. 25-50.

KAYSER, P., « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, pp. 445 et ss.

KECSKES, G., « The concepts of State responsibility and liability in nuclear law », *AJH*, vol. 49, 2008, pp. 221-252.

KELSON, J., « State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activities », *Harvard International Law Journal*, vol 13, 1972, pp. 197-244.

KERBRAT, Y., « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement. » in *SFDI, Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, pp. 132 et ss.

- Kessler, D., « Les nouveaux enjeux de l'assurance », *Analyse financière*, 2002, n°5, pp. 22 et ss.
- KESSLER, F., « Complément ou substitution à la sécurité sociale – Essai sur l'indemnisation sociale comme technique de protection sociale », *Droit social*, 2006, pp. 191 et ss.
- KILB, W., « La Communauté européenne pour l'énergie atomique, son droit primaire et son droit dérivé », in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, Paris, Ed. OCDE, 2010, pp. 49-100.
- KIRAT, T., « L'économie de la responsabilité et les dispositifs institutionnels de gestion des risques » in KIRAT, T., (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regard sur le droit en action*, Paris, LGDJ, 2003, pp. 67-92.
- KISS, A., « L'état du droit de l'environnement. Problèmes et solutions », *JDI*, 1986, pp. 751 et ss.
- KISS, A., « State responsibility and Liability for Nuclear Damage », *Denver Journal of International Law and Policy*, 2006, vol. 35, pp. 67-83.
- KISS, A., SHELTON, D., « Strict Liability in International Environmental Law », in NDIAYE, T.M., WOLFRUM, R., (dir.), *Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden, Brill, 2007, pp. 1131-1151.
- KLABBERS, J., « Treaties, Object and Purpose », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, pp. 5 et ss.
- KNETSCH, J., « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », *Horitsu Jiho*, vol. 88, 2016, pp. 58-63.
- KNETSCH, J., « Pour une réforme du droit de la responsabilité nucléaire », in ARBOUSSET, H., LACROIX, C., STEINMETZ, B., (dir.), *Risques, accidents et catastrophes – Liber amicorum en l'honneur de Madame le Professeur Marie-France Steinlé-Feuerbach*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 145-171.
- KNOX, J. H., « The Flawed Trail Smelter Procedure: The wrong Tribunal, the Wrong Parties and the Wrong Law », *Transboundary Harm in International Law, Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 66-78.
- KOCH, B.A., « Art. 5 :101. Activités anormalement dangereuses », in MORETEAU, O. (dir.), *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Paris, Société des législations comparées, 2011, pp. 151 et ss.
- KOLEHMAINEN, H., « The modernization of the international nuclear third party liability regime – Does exclusive liability still make sense? », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Ed. OCDE, 2000, pp. 453-462.

- KOSKENNIEMI, M., « International Pollution in the system of International Law », *Oikeustiede-Jurisprudentia*, vol. 17, 1984, pp. 128, 155.
- KOULOCHERI, S., « Mesures d’instruction devant la juge français et règlement Bruxelles I bis », *RLDC*, 3 mars 2021.
- KOVAR, R., « Les accords conclus au sujet du “Savannah” et la responsabilité civile des exploitants de navires nucléaires », *AFDI*, 1965, vol. 11, pp. 783-809.
- KRÄMER, L., « La réparation des dommages catastrophiques et le droit communautaire », in BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., et autres, *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{es} Journées d’études juridiques Jean Dabin*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 399-416.
- KULLMANN, J., « La responsabilité civile est-elle encore assurable », *REF*, 2017/2, n°126, pp. 183-198.
- KUS, S., « De Tchernobyl à Fukushima, 25 ans d’évolution du droit nucléaire international et après », *BDN*, vol. 87, 2011/1, pp. 7-30.
- KUTNER, P.B., « The End of Rylands v Fletcher? Cambridge Water Co v Eastern Counties Leather plc », *Tort and Insurance Law Journal*, 1995, vol. 31, n°1, pp. 73–111.
- L**
- LACROIX, C., « Accidents collectifs et catastrophes : des avancées procédurales sous le sapin de Noël », *Journal des accidents et des catastrophes*, 18 janvier 2021.
- LACROIX, C., « Installations dangereuses, catastrophes technologiques et indemnisation : un comparatif franco-belge (prétexte pour un plaidoyer européen) », *Riseo*, 2013-1, pp. 33-46.
- LACROIX, C., « Le nuage de Tchernobyl s’est arrêté aux frontières du droit pénal français », *D.*, 2013, pp. 218-222.
- LACROIX, M., « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois », *Revue de droit de McGill*, vol. 59, 2012-3, pp. 427-471.
- LAGARDE, X., « Brèves réflexions sur les revirements pour l’avenir », *ADP*, 2007, n°50, pp. 77-88.
- LAHORGUE, M.-B « Le droit nucléaire du 20^{ème} siècle au 21^{ème} siècle : regards rétrospectifs », *RISEO*, 2016-1, pp. 23-56.
- LAMARQUE, J., MODERNE, F., « L’affaire Malpasset devant la justice administrative », *AJDA*, 1972, pp. 316 et ss.

- LAMBERT ABDELGAWAD, E., « Le principe de précaution dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme » in RUIZ FABRI, H., GRADONI, L., (dirs.), *La circulation des concepts juridiques : Le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, pp. 493 et ss.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.*, 1998, pp. 1-23.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., « L'évolution de la responsabilité civile, d'un crédit de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD Civ.*, 1987, pp. 1-19.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation », in *Mélanges Roger O. Dalcq - Responsabilité et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 349-364.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., « Réflexions sur la nature juridique des assurances de responsabilité », in *Mélanges Vincent*, Paris, Dalloz, 1981 pp. 193-201.
- LAMM, V., « Le protocole d'amendement de la Convention de Vienne de 1963 », in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, Paris, Ed. OCDE, 2006, pp. 191-209.
- LAMMERS, J. G., « The draft European Convention of the Council of Europe for the protection of international watercourses against pollution », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 6, 1975, pp. 167-198.
- LAMOUR, M.-P., « Des cas où l'on répare un dommage que l'on n'a pas causé », *RRJ*, 2002, pp. 1237 et ss.
- LAMOUREUX, M., « La causalité juridique à l'épreuve des algorithmes », *JCP G*, 2016, n° 25, étude 731.
- LAMOUREUX, M., « Le bien énergie », *RTD Com.*, 2009, pp. 239-258.
- LAMOUREUX, M., « Le traitement des dommages en cas d'accident nucléaire en France », in BOUTONNET, M., YOSHIDA, K., (dirs.), *Regards juridiques franco-japonais sur le risque environnemental*, Aix en Provence, PUAM, 2017, pp. 117-130.
- LAMOUREUX, M., « Les probabilités négligeables de causalité – A propos de l'indemnisation des victimes d'essais nucléaires », *EEL*, 2016, étude 7.
- LAMOUREUX, M., « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes des essais nucléaires », *EEL*, 2017, étude 25.
- LAMOURRET, C., « La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de Convention du Conseil de l'Europe et le livre vert des Communautés européennes », *D.*, 1994, pp. 101-107.

- LANG, W., « Les règles d'interprétation codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités et les divers types de traités », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 24, 1973, pp. 113-173.
- LANGLAIS, E., « Responsabilité civile et contrôle des activités représentant des risques mal connus », *Revue économique, Presse de Science Po*, vol. 62, 2011/3, pp. 589-598.
- LANTERO, D., « Le recours banalisé aux présomptions dans le contentieux de la responsabilité », *AJDA*, 2018, p. 2067-2071.
- LAPOYADE DESCHAMPS, C., « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC*, 50-2, 1998, pp. 367-381.
- LAROCHE-GISSEROT, F., « Les *class actions* américaines », *LPA*, 2005, n° 115, pp. 7 et ss.
- LARRIEU, J., MORVILLIERS, N., « La création des pôles spécialisés en matière de propriétés intellectuelle de concurrence », in GINESTET, C., (dir.), *La spécialisation des juges*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, 2012, pp. 143-155.
- LARROUMET, C., « La notion de risque de développement, risque du XXIème siècle », in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 1589-1602
- LATOURNERIE, R., « Conclusions sur CE, 23 janvier 1931, *Époux Garcin* », *S*, 1931, 3, pp. 97 et ss.
- LATOURNERIE, R., « Sur un Lazare juridique », *Étude et documents du Conseil d'État*, 1960, n° 14, pp. 61 et ss.
- LAWSON, F.-H., « Quelques développements récents du droit anglais en matière de responsabilité civile », *RIDC*, 1950, 2-1, pp. 84-90.
- LAYARD, A., « Nuclear Liability Damage Reform After Chernobyl », *Review of European Community & International Environmental Law*, 1996, vol. 5, No. 3, pp. 218-224.
- LE BOUTHILLIER, Y., « Article 32 », in CORTEN, O., KLEIN, P., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1339-1371.
- LE COUVIOUR, K., « Responsabilité pour pollution majeure résultant du transport maritime d'hydrocarbures », *JCP G*, 2002, n° 51, doct. 189.
- LE GARS, A., « L'aléa dans le risque industriel », *Environnement*, n°2, 2006, Etude 3.
- LE MASSON, J.-M., « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et société*, 1998, n°38, pp. 21-32.
- LE NOACH, G., « L'immixtion de la société dans la gestion de sa filiale », *Bull. Joly*, septembre 2020, n°121, pp. 54 et ss.

- LE TOURNEAU, P., « Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1998, pp. 19-36.
- LE TOURNEAU, P., « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin) », *RTD. Civ.*, 1988, pp. 505-518.
- LE TOURNEAU, P., « Le projet français de révision de la responsabilité civile – Une voie critique », in WINIGER, B., (dir.), *La responsabilité civile européenne de demain, Projet de révision nationaux et principes européens*, Bâle, Schulthess, 2008, pp. 181-196.
- LEBEDEVA, Y., « Draft Federal Act of the Russian Federation “The Civil Liability for Nuclear Damage and its Financial Security » », *BDN*, vol. 94, 2014/2, pp. 105–112.
- LEBRETON, G., « La fausse disparition de la faute lourde », *D.*, 1998, pp. 535 et ss.
- LEDUC, F., « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *RCA*, n°3, 2010, dossier 3.
- LEDUC, F., « L’influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur le droit français de la responsabilité civile », *LPA*, 2013, n°17, pp. 5 et ss.
- LEDUC, F., « L’œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », in *La responsabilité civile à l’aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, Paris, LexisNexis, 2001, pp. 50-57.
- LEDUC, F., « Le droit de la responsabilité civile hors le Code », *LPA*, 2005, n°133, pp. 3-21.
- LEDUC, F., « Causalité civile et imputation », *RLDC*, n° 40, 2007, pp. 21 et ss.
- LEGAL, H., « Conclusion sur CE, 9 avril 1993, M.G., M.D. et M.B. », *RFDA*, 1993, pp. 583 et ss.
- LEGER, M., « L’entrée en vigueur de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires (CRC) – Quelles avancées vers un régime mondial de responsabilité civile nucléaire ? », *Riséo*, 2016-1, pp. 1-17.
- LEGER, M., « L’indemnisation des préjudices en cas d’accident nucléaire », *Radioprotection 2011*, vol. 46, n° 1, pp. 11-24.
- LEGER, M., « Perspective du Comité du droit nucléaire », Présentation à l’occasion 50ème anniversaire du Comité du droit nucléaire, Colloque sur le passé, présent, futur du Comité du droit nucléaire, 2007, NEA/SEN/NLC (2007) 2, pp. 64-70.
- LÉGER, M., GRAMMATICO-VIDAL, L., « La loi relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire : quelles évolutions pour le droit nucléaire français ? », *BDN*, vol. 77, 2006/1, pp. 7-25.

- LÉGIER, G., « Le règlement “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », *JCP G*, 2007, doct. 207.
- LEGRAND, P., « Le droit des délits civils : pour quoi faire ? » in LEGRAND, L., *Common law : d’un siècle à l’autre*, Montréal, Blais, 1992, pp. 471 et ss.
- LEIGHT, W.J., « Gaps in the Current Nuclear Liability Regime with particular regard to Transport », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire—Symposium de Budapest 1999*, Paris, Ed. OCDE, 2000, pp. 285–298.
- LEMAIRE, F., « Du prétendu risque de disparition de la responsabilité pour risque en droit administratif », *D. Actu*, n°10, 2011, étude 18.
- LEQUILLERIER, C., « Responsabilité et indemnisation. Prescription et consolidation du dommage », *JDSAM*, 2018, pp. 55-57.
- LEROUSSEAU, B., « La responsabilité des personnes privées gérant un service public administratif », *AJDA*, 1977, pp. 409 et ss.
- LEROYER, A.-M., « Réforme de la prescription civile », *RTD civ.*, 2008, pp. 569 et ss.
- LEROYER, A.-M., « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 », *RTD civ.*, 2008, pp. 563 et ss
- LESUEUR DE GIVRY, E., « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », in *L’égalité, Rapport de la Cour de cassation de 2003*, Paris, La Documentation Française, 2004, pp. 236 et ss.
- LEULEU, T., « La dignité de la personne humaine comme fondement de la police administrative », *RFDA*, 2015, pp. 883-889.
- LEULEU, T., « Les dommages miniers : démêler l’écheveau », note sous CAA Douai, 28 mai 2008, n° 13DA00381, *AJDA*, 2015, pp. 55 et ss.
- LÉVÊQUE, F., « Le risque d’accident nucléaire majeur : calcul et perception des probabilités », *Working paper*, no. 13-ME-02, 2013, pp. 1-40.
- LEVESQUE, J.-F., « Traité de verre – réflexions sur l’interprétation », *RQDI*, vol. 19.1, 2006, pp. 54-78.
- LÉVY, D., « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risques en droit international public », *RGDIP*, 1961, pp. 749-762.
- LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, B., « Responsabilité civile pour le dommage nucléaire en droit polonais », *RIDC.*, 1987, n°39-3, pp. 693–703.

- LIBCHABER, R., « Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? (note sous Ass. plen., 17 novembre 2000, Perruche, n°99-13.701, Bull. AP, n°9, p. 15) », *RTD civ.*, 2001, pp. 226 et ss.
- LIÉBER, S.-J., BOTTEGHI, D., « L'autorité de police face à la prévention des risques », *AJDA*, 2009, pp. 1824-1831
- LIENHARD, C., « Les victimes et le choc des photos », *D.*, 1999, n°38, p. V-VI.
- LIENHARD, C., « Nucléaire : référé probatoire et impératif de total transparence », *Journal des accidents et des catastrophes*, n°83.
- LIENHARD, C., « Catastrophe et droit des victimes », in CARIO, R., SALAS, D., (dirs.), *Ceuvre de justice et victimes*, Paris, Harmattan, t.1, 2001, pp. 145 et ss.
- LIEHNARD, C., « Pour un droit des catastrophes », *D.*, 1991, pp. 91 et ss.
- LIETAERT, K., « Un problème d'interprétation soulevée par la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire », *RGAR*, 1985, pp. 1088 et ss.
- LINDERFALK, U., « Doing the Right Thing for the Right Reason – Why Dynamic or Static Approaches should be Taken in the Interpretation of Treaties », *International Community Law Review*, vol. 10, 2008, pp. 109-141.
- LINDERFALK, U., « On the Meaning of the 'Object and Purpose' Criterion, in the Context of the Vienna Convention on the Law of treaties, Article 19 », *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, 2003, pp. 429-448.
- LINOTTE, D., « Chronique Générale des réformes administratives françaises », *RDP*, 1978, pp. 215 et ss.
- LLORENS-FRAYSSE, F., « Le poids de la faute dans la responsabilité administrative », *Droits*, 1987, n°5, pp. 65 et ss.
- LOCHAK, D., « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », in *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, pp. 275-316.
- LOIR, R. « La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ? », *D.*, 2009, pp. 1114-1117.
- LOMBARD, R., « Mots et valeurs du service public », *AJDA*, 2008, pp. 1225.
- LOPEZ OLACIREGUI, J.M., « Responsabilité civile et droit nucléaire », *BDN*, vol. 5, 1970/1, pp. 31-37.
- LOQUIN, E., « La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juillet 2007 ("Rome II") », in CORNELOUP, S., JOUBERT, N., (dirs.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, Lexis-Nexis, 2008, pp. 36-53.

LORRAIN, R., BONAN, C., « Versement des pièces pénales issue d'une instruction dans une instance civile : focus sur le cas particulier de l'ordonnance de non-lieu », *Gaz. Pal.*, 2016, n°9, pp. 18-26.

LOUVILLE, P., « L'intervention psychologique en situation de catastrophe : comment l'organiser ? », *Les traumatismes dans le psychisme et la culture*, Paris, 1995, pp. 279-283.

LUCAS, O., « La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP G*, 2002, n° 2, doct. 11.

LUCCHINI, L., « Le procès de l'Amoco-Cadiz : présent et voies du futur », *AFDI*, 1985, n°31, pp. 762-782.

M

MAIER, B., « *Ex Gratia* payments and the Iranian Airline Tragedy in Agora: The Downing of Iran Air Flight 655 », *AJIL*, vol. 83, 1989, pp. 325-332.

MAINGUY, D., « L'introduction en droit français des *class actions* », *LPA*, 2005, n° 254, pp. 6 et ss.

MAKOWIAK, J., « L'évolution du droit des installations classées pour la protection de l'environnement : entre tentation du libéralisme et renforcement des contraintes », *JCP A*, 2013, 2015, n° 4, pp. 1-9.

MALAURIE, P., « L'effet prophylactique du droit civil », in *Études du droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 669-690.

MALAURIE, P., « Le Code civil européen des obligations et des contrats », *JCP G*, 2002, n°6, doct. 110.

MALAURIE, P., « La réforme de la prescription civile », *JCP G*, 2009, I, doct. 134.

MALJEAN-DUBOIS, S., « Les obligations de due diligence des Etats pour préserver le milieu marin et à leurs conséquences en termes de responsabilité », in *La fonction du droit dans la gestion durable des ressources minérales marines*, Rio de Janeiro, Editora Proceso, 2021, pp. 1 et ss.

MALJEAN-DUBOIS, S., « L'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie) », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 286-332.

MALJEAN-DUBOIS, S., LAVANYA, R., « L'Accord de Paris sur les changements climatiques du 12 décembre 2015 », *AFDI*, n°61, 2016, pp. 615-648.

MALONE, L., « The Chernobyl Accident: A case study in International Law regulating state responsibility for Transboundary Nuclear Pollution », *Columbia Journal of Environmental Law*, vol.12 :203, 1987, pp. 590 et ss.

- MARAIS, A., « Modulation dans le temps et revirement de jurisprudence. Requiem européen en si(x) bémol », *JCP G*, n°26, 2011, 742, pp. 1238 et ss.
- MARCHADIER, F., « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD Civ.*, 2009, pp. 245-267.
- MARGEAT, H., « Déclin, rémanence ou renaissance de la responsabilité civile », *Risques*, n°10, 1992, pp. 32 et ss.
- MARGUÉNAUD, J.-P., « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, t. 1, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationales, Lille, 1996, Paris, LGDJ, 1997, pp. 45-62.
- MARGUÉNAUD, J.-P., « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, instrument privilégié de lutte contre les troubles de voisinage », *RTD civ*, 1998, pp. 515-515.
- MARGUÉNAUD, J.-P., « Les troubles de voisinage combattus par le droit au respect du domicile et de la vie privée », *RTD civ.*, 1996, pp. 507-509.
- MARGUÉNAUD, J.-P., « Les droits fondamentaux liés à l'environnement », in O. BOSKOVIC, (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement, Mise en œuvre et sanctions*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 83-90.
- MARION, L. « Conclusion sur CE, 13 oct. 2017, n° 397031 », *JCP A*, 2018, n° 5, 2045.
- MARRONE, J., « Nuclear Liability Insurance – The Price-Anderson Reparations System and the Claims Experience of the Nuclear Industry », *Nuclear Safety*, vol. 24, 1983, pp. 783-791.
- MARRONE, J., « L'assurance de la responsabilité civile nucléaire : le régime de réparation des dommages en vertu de la loi Price-Anderson et l'expérience acquise par l'industrie nucléaire en matière de demandes en réparation », *BDN*, vol. 33, 1984/1, pp. 47-55.
- MARTIN, G.J., « Responsabilité et assurance », *Gaz. Pal.*, 2001, n°158, pp. 51-55
- MARTIN, G.J., « La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano », *RJE*, n°2-3, 1994, pp. 121-136.
- MARTIN, G.J., « Principe de précaution et responsabilités », in CLAM, J., MARTIN, G.J., (dirs.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 415-422.
- MARTIN, G.J., « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », *AJDA*, 2005, pp. 2222-2225.
- MARTIN, R., « Les avocats sevrés de plaidoirie. Libre propos », *JCP G*, 2006, n°9, Act. 96.

- MARTINET, L., AKYUREK, O., « La théorie du forum non conveniens dans les pays de Common Law », *LPA*, n°186, 2006, pp. 5-9.
- MARTINET, Y., « Risques technologiques et réparation des dommages : points saillants de la loi du 30 juillet 2003 », *LPA*, n°203, 2003, pp. 4-10.
- MARTY, G., « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 1939, pp. 685-712.
- MAYAUX, L., « L'assureur de responsabilité est-il un garant ? », in *Mélanges en l'honneur d'Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Denis-Clair LAMBERT*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 281 et ss.
- MAYAUX, L., « Réflexion faite sur le principe de précaution et le droit des assurances », *RGDA*, 2003, n°2, pp. 269 et ss.
- MAYAUX, L., « Le risque assurable », in BIGOT, J., HEUZÉ, V. et a., *Traité de droit des assurances*, t. 3, Paris, LGDJ, 2014, §§ 1569 et ss.
- MAYER, L., « Le juge de la mise en état constitue-t-il une juridiction autonome ? », *JCP G*, 2016, doctr. 1296.
- MAYMO, V., PALLAS-SALTIÉL, V., « L'intégration du développement durable dans le financement bancaire aux entreprises », *Revue des sciences de gestion*, 2011/1-2, n°247-248, pp. 139-147.
- MAZEAU, L., « L'imputation de la responsabilité civile en contexte d'incertitude scientifique et technologique », *CDST*, 2014-4, pp. 145-158.
- MAZEAUD, D., « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de "l'idéologie de la réparation") », in *Le droit privé français à la fin du XXIème siècle, Etudes offertes à Catala*, Paris, Litec, 2001, p.569-593.
- MAZEAUD, D., « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux » in PIGNARRE, G., *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 73 et ss.
- MAZEAUD, D., « Responsabilité civile et précaution », in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, Paris, LexisNexis, 2001, pp. 72-76.
- MAZEAUD, D., « Un principe général de responsabilité du fait des choses est-il réellement nécessaire ? Point de vue d'un privatiste », in LEDUC, F., (dir.), *La responsabilité du fait des choses, réflexion autour d'un centenaire*, Paris, Economica, 1997, pp. 110 et ss.
- MAZEAUD, H., « La faute dans la garde », *RTD Civ.*, 1925, pp. 793 et ss.

- MAZEAUD, H., « L'“absorption” des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *DH*, 1935, chr., pp. 5 et ss.
- MAZEAUD, L., « Obligation *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels », *Rev. crit. Lég et jur.*, 1930, n°50, pp. 141-176.
- MAZEAUD, P., « Liberté et ordre public », *Exposé au nom du Conseil constitutionnel français à la Cour constitutionnelle d'Arménie*, 2003.
- MCCAFFREY, S. C., « The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not praised », *Natural Resources Journal*, 1996, vol. 36, pp. 965-1007.
- MCINTOSH, S., « The Need to Bring the New Global Regime of Civil Nuclear Liability to Life », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire—Symposium de Budapest 1999*, Paris, Ed. OCDE, 2000, pp. 185–192.
- McLACHLAN, C., « The Evolution of Treaty Obligations in International Law », in NOLTE, G., (dir.), *Treaties and Subsequent practice*, Oxford, OUP, 2013, pp. 69–81.
- MCLACHLAN, C., « The principle of systemic integration and article 31 (3) c) of the Vienna Convention », *I.C.L.Q.*, vol. 54, 2005, pp. 279–319.
- MCNAIR, A., « The functions and differing character of treaties », *BYIL*, vol. 11, 1930, pp. 110-118.
- MCRAE, B., « Entry in force of the Convention on supplementary Compensation for Nuclear Damages: Opening the umbrella », *BDN*, vol. 96, 2015/1, pp. 7–27.
- MCRAE, B., « La Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires et l'harmonisation du régime de responsabilité civile nucléaire dans l'Union européenne », *BDN*, vol. 87, 2011/1, pp. 83-101.
- MCRAE, B., « La Convention sur la réparation : sur la voie d'un régime mondial permettant de faire face à la responsabilité juridique et à l'indemnisation des dommages nucléaires », *BDN*, vol. 61, 1998/1, pp. 27-42.
- MCRAE, B., « Overview of the Convention on Supplementary Compensation », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Éd. OCDE, 2000, pp. 171-184.
- MCRAE, B., « La Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires : le catalyseur d'un régime mondial de responsabilité civile nucléaire », in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, Paris, Éd. OCDE, 2006, pp. 211-226

- MEKKI, M., « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in *Études offertes à Geneviève Viney : Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 739-762.
- MEKKI, M., « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation de dommages corporels », *LPA*, n°8, 2005, pp. 3-18.
- MELLERAY, F., « Incertitude sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 2005, pp. 1376-1381.
- MELLERAY, F., « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *AJDA*, 2005, pp. 71-76.
- MELLERAY, F., « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarque sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, 2005, pp. 637-643.
- MESHKATI, N., « Human Factors in Large-Scale Technological Systems' Accidents: Three Miles Island, Bhopal, Chernobyl », *Industrial Crisis Quarterly*, 1991, vol. 5, pp. 133-154.
- MESSAÏ-BAHRI, S., ROUSSILLE, M., « La responsabilité pour faute des personnes morales », in TERRÉ, F., (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 120 et ss.
- MIGNOT, M., « Le délai butoir – Commentaire de l'article 2232 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 », *Gaz. Pal.*, n°57, pp. 2 et ss.
- MIKALEF-TOUDIC, V., « Réflexions critiques sur les systèmes spéciaux de responsabilité et d'indemnisation », *RGDA*, 2001, pp. 268-292.
- MILLER, J., « Il ne faut pas mettre la charrue avant les bœufs – Argumentaire contre la création d'un nouveau régime couvrant les accidents nucléaires pendant le transport », *BDN*, vol. 73, 2004/2, pp. 7-25.
- MINIATO, L., « L'évolution du juge de la mise en état », in GINESTET, C., (dir.), *La spécialisation des juges*, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse, 2012, pp. 35-49.
- MOLFESSIS, M. « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, t. 1, Paris, LGDJ, 1997, pp. 65-108.
- MOMAL, P., « Comment estimer le cout d'un accident nucléaire ? » présentation effectuée lors du Colloque *Le risque nucléaire et la décision publique* », École Normale Supérieure, Paris, 14-16 novembre 2011,
- MONÉGER, F., « The last ten ou les derniers Etats des Etats-Unis fidèles à la *lex loci delicti* », in JOBARD-BACHELLIER, M.-N., MAYER, P., (dirs.), *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 589-613.

- MONTJOIE, M., « Les relations entre le Traité Euratom et le TFUE en matière de protection de l'environnement », *Revue de l'Union européenne*, 2012, n°560, pp. 471-483.
- MORÉTEAU, O., « Catastrophic Harm in United States Law : Liability and Insurance », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, pp. 69-96.
- MORVAN, P., « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.*, 2005, pp. 247-251.
- MOSER, B., « La preuve des dommages induits par les rayonnements ionisants », *BDN*, vol. 38, 1986/2, p. 74-97.
- MOUIAL-BASSILANA, E., « La responsabilité environnementale de la société-mère (du fait de sa filiale en difficulté) », *Revue des procédures collectives*, 2020, n°1, dossier 5, pp. 1-4.
- MOULIER, I., « Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales », *AFDI*, vol. 49, 2003, pp. 129-164.
- MOULY, C., « La doctrine, source d'unification internationale du droit », *RIDC*, 1986, 38-2, pp. 351-368.
- MOURGEON, L., « Pour la suppression de la responsabilité en cas d'accident et son remplacement par l'assurance dommage », *JCP G*, 1981, I., 3050.
- MUIR WATT, H., « Rome II et les "intérêts gouvernementaux" : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in CORNELOUP, S., JOUBERT, N., (dirs.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, LexisNexis, 2008, pp. 129 et ss.
- MURPHY, S.D., « The Relevance of Subsequent Agreement and Subsequent Practice for the Interpretation of Treaties », in NOLTE, G., (dir.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013, pp. 82-95.
- MUSTAPHA, A., « L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, n°1, 2015, pp. 139-159.

N

- NADEAU, A., « Notes sur le lien de causalité et sa preuve dans les actions en responsabilité civile », in *Études juridiques en hommage à M. le juge Bernard Bissonnettes*, 1963, pp. 435 et ss.
- NANDA, V., VAN DYKE, J., « International Nuclear Law: An introduction », *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, vol. 35, 2008, pp. 1-35.
- NICOURT, B., « La consolidation, l'aggravation », *Revue Méd. et Dr.*, 1995, n° 12, pp. 7-13.

- NIORÉ, V., « Requiem pour le droit à la communication par l'avocat des pièces d'un dossier pénal en cours d'enquête ou d'instruction aux débats civils », *Gaz. Pal.*, 2017, n°33, pp. 18 et ss.
- NISOT, J., « Le traité signé doit-il, par l'effet d'une obligation internationale, être soumis au Parlement en vue de sa ratification ? », *JDI*, 1931, pp. 349 et ss.
- NOËL, L., « La notion d'accident », *RGDA*, n°2004-02, pp. 309-330.
- NOLAN, D., « The Distinctiveness of Rylands v Fletcher », *Law Quarterly Review*, 2005, pp. 421-451.
- NOLTE, G., « Les traités dans le temps, en particulier l'accord et la pratique ultérieurs », *ACDI*, 2008, vol. II, pp. 1 et ss.
- NOMURA, T., « Le droit japonais de la responsabilité des dommages nucléaires et son évolution après l'accident de Fukushima », *RJE*, 2014/4, pp. 629-639.
- NONNENMACHER, G.G., « Vers une réglementation européenne de la responsabilité civile européenne en matière atomique », *Mélanges Sfériades*, vol. I, Athènes, 1961.
- NOVEMBER, A., NOVEMBER, V., « Risque, assurance et irréversibilité », *Revue européenne des sciences sociales*, XLII-130, 2004, pp. 161-179.
- O**
- OCDE/AEN, « Le cadre réglementaire et institutionnel japonais dans le contexte de l'accident de Fukushima », *BDN*, vol. 87, 2011/1, p. 48.
- O'HIGGINS, P., MCGRATH, P., « La responsabilité civile dans le domaine du droit nucléaire : un point de vue irlandais », *BDN*, vol. 70, 2002/2, pp. 7-15.
- O'KEEFE, C., « Transboundary Pollution and the Strict Liability Issue: The Work of the International Law Commission on the Topic of International Liability for Injuries Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law », *Denver Journal International Law & Policy*, vol. 18, 1990, pp. 145 et ss.
- OLIVEIRA, T., « La diligence due dans la prévention des dommages à l'environnement », *Anuario Brasileiro, de Direito Internacional*, 2012, vol. 13, pp. 205-242.
- OPPÉTIT, B., « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 311-319.
- O'QUINN, J. C., « Not-So-Strict-Liability: A Foreseeability Test for Rylands v Fletcher and Other Lessons from Cambridge Water Co v Eastern Counties Leather plc », *Harvard Environmental Law Review*, 2000, vol. 24, n°1, pp. 287-313.

OSAKA, E., « Corporate Liability, Government Liability, and the Fukushima Disaster », *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 21, 2011, pp. 432-459.

OST, F., « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour EDH », in DELMAS-MARTY, M., *Raisonnement la raison d'État*, Paris, PUF, 1989, pp. 405-463.

OST, F., « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juges », in BOURETZ, P., *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, pp. 241-272.

OUEDRAOGO, A., « La due diligence en droit international général : de la règle de la neutralité au principe général », *Revue générale de droit*, vol. 42, 2012, pp. 641-683.

OUEDRAOGO, A., « L'évolution du concept de faute dans la théorie de la responsabilité internationale des Etats », *RQDI*, vol.21, 2008, pp. 129-165.

P

PAILLET, M., « Existe-t-il une responsabilité de droit commun ? », in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Colloque Sénat, Paris, 2001, pp. 89-103.

PALCHETTI, P., « Interpreting 'generic terms': between respect for the parties' original intention and the identification of the ordinary meaning », in BOSCHIERO, N., SCOVAZZI, T., PITEA, C., RAGNI, C., *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haye, Springer, 2013, pp. 91-105.

PALMER, V. « Trois principes de la responsabilité sans faute », *RIDC*, 39-4, 1987, pp. 825-838.

PAPIN, J.-P. « La responsabilité de la puissance publique dans le contentieux des installations classées », *CIEG*, 1984, n°394, pp. 365 et ss.

PARATTE-VIGNERON, G., « Aspects juridiques de l'assurance des risques atomiques », *RGAT*, 1957, pp. 121 et ss.

PARINET-HODIMONT, P., « Les joggers bientôt privés de sortie ? », *D.*, 2020, pp. 687-694.

PASTOR, J.-M., « Des référés tous azimuts », *D. Actu*, 9 avril 2020.

PATAUT, E., « Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé », *Droit social*, 2017, pp. 833-839.

PÉANO, M.-A., « L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé », *D.*, 1991, pp. 51 et ss.

PECHINOT, J., « La garantie des accidents de la vie », *RCA*, 2000, n° 5, chron. 10.

- PELLET, A., « Les techniques interprétatives de la norme internationale : Avant-Propos », *RGDIP*, vol. 115, 2011, pp. 291-295.
- PELLET, A., « Harmonie et contradiction de la justice internationale », in BEN ACHOUR, R., LAGHMANI, S., (dirs.), *Harmonie et contradiction en droit international*, Paris, Pedone, Paris, 1996, pp. 195-214.
- PELLETIER, J.-D., « Retour sur le délai butoir de l'article 2232 du code civil », *D.*, 2018, pp. 2148 et ss.
- PELZER, N., « Compensation for Nuclear Damage Caused to the Environment in Relation to the Paris and Vienna Conventions ».
- PELZER, N., « A propos de la mise à jour de la Convention de Paris », *BDN*, vol.12, 1973/2, pp. 47-59.
- PELZER, N., « Étude de cas de responsabilité nucléaire : le Canal des trois destins », in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, Paris, Ed. OCDE, 2010, pp. 455-458.
- PELZER, N., « Facing the challenge of nuclear mass tort processing », *BDN*, vol. 99, 2017/1, pp. 45-69.
- PELZER, N., « Le renouveau du nucléaire — un nouveau droit nucléaire ? », *BDN*, vol. 84, vol. 2009/2, pp. 5-24.
- PELZER, N., « Les dures leçons de l'expérience : l'accident de Tchernobyl a-t-il contribué à améliorer le droit nucléaire ? », in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, Paris, Ed. OCDE, 2010, pp. 81-131.
- PELZER, N., « Problèmes posés par l'établissement du lien de causalité entre l'accident et le dommage nucléaire », in *Droit nucléaire*, Paris, PUF, 1968, pp. 41-64.
- PELZER, N., « The NEA Nuclear Law Committee – from the viewpoint of a Committee Member », *Presentation on the Occasion of the 50th Anniversary of the Nuclear Law Committee* [En ligne]. Disponible sur <https://www.oecd-nea.org/law/colloquium/pelzer.pdf>
- PELZER, N., « Inadequacies in the Civil Nuclear Liability Régime evident after the Chernobyl Accident: The Response in the Joint Protocol of 1988 », in OCDE/AEN, *Accidents nucléaires — Responsabilité et garanties, Symposium d'Helsinki*, Paris, Ed. OCDE, 1993, pp. 155-169.
- PELZER, N., « La responsabilité civile dans le domaine nucléaire au lendemain de l'accident de Tchernobyl – un point de vue allemand », *BDN*, vol.39, 1987/1, pp. 69-80.
- PELZER, N., « Le regroupement international des fonds des exploitants : un moyen d'augmenter le montant de la garantie financière disponible pour couvrir la responsabilité nucléaire ? », *BDN*, vol. 79, 2007/1, pp. 39-60.

- PELZER, N., « Les principaux aspects du régime international révisé de responsabilité civile nucléaire – les avancées et les blocages », in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, Paris, Ed. OCDE, 2010, pp. 391-424.
- PELZER, N., « On a global nuclear liability regime », *Nuclear Inter Jura Congress*, 8–11 October, Manchester, 2012.
- PELZER, N., « Réflexions portant sur l'indemnisation et la réparation des dommages nucléaires à l'environnement », *BDN*, vol. 86, 2010/2, pp. 55-64.
- PELZER, N., « Structure, portée et limites de la coopération internationale dans le domaine de l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques », *BDN*, vol. 27, 1981/1, pp. 36 et ss.
- PELZER, N., « The Present State of Research », in *Les risques résultant de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 274 et ss.
- PERASSI, T., « Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale », *Riv. di dir. internazionale*, XI, 1917, pp. 196 et ss.
- PÉRÈS, C., « L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité », in *Liber amicorum Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 805-836.
- PERRIN, A., « Le renforcement de l'obligation d'agir des autorités de police », *AJDA*, 2015, pp. 2277-2283.
- PERROT, R., « Pluralité de défendeurs », *Procédures*, 2009, n° 122, comm. 349.
- PESCATORE, P., « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Mélanges W.J. Ganshoff van der Meersh*, t. 2, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1972, pp. 325 et ss.
- PETIT, J., « La police administrative », in GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dirs.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz 2011, T. II, pp. 5 et ss.
- PETITI, L., « Le rôle du juge international », in *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 99-109.
- PHILIPPE, D.-M., « La théorie de la relativité aquilienne », in *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilité et assurances*, Bruxelles, Larquier, 1994, pp. 467-486.
- PICARD, M., « La limitation de la responsabilité des dommages causés par l'énergie nucléaire », *RGAT*, 1959, pp. 409-425.

- PICARD, P., « L'évaluation économique du risque nucléaire », *Cahier*, Ecole Polytechnique, vol. 26, 2014, pp. 1-33.
- PIERRE, P., « Rapport introductif », *RCA*, 2003, chron. 14.
- PIGNARRE, G., « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, Paris, LexisNexis, 2001, pp. 10-16.
- PISILLO-MAZZESCHI, R., « The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States », *GYIL*, vol. 35, 1992, pp. 9-51.
- PLESSIX, B., « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *RDP*, 2003, pp. 579-629.
- POLITI, M., « International and Civil Liability for Nuclear Damage : Some Recent Developments of State Practice », in BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., et a., *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{ème} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Louvain, 1990, pp. 319-340.
- PONSARD, A., « Vérité et justice », in *La vérité et le droit*, Paris, Economica, 1987, pp. 637-694.
- PONTIER, J.-M., « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.*, 1998, pp. 327-333.
- PONTIER, J.-M., « La multiplication des polices spéciales : pourquoi ? », *JCP A*, 2012, n°15, 2113.
- PONTIER, J.-M., « La subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, pp. 1515-1537.
- PONTIER, J.-M., « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 2003, pp. 1752-1761.
- PONTIER, J.-M., « Sida, de la responsabilité à la garantie sociale (à propos de la loi du 31 décembre 1991) », *RFDA*, 1991, pp. 553 et ss.
- PONTIER, J.-M., « De la solidarité nationale », *RDP*, 1983, n° 4, pp. 899-928.
- PONTIER, J.-M., « L'indemnisation hors responsabilité », *AJDA*, 2010, pp. 19-25.
- PONTIER, J.-M., « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, pp. 187-196.
- PONTIER, J.-M., « Le droit nucléaire, droit à penser », *AJDA*, 2015, pp. 1680-1688.
- PORCHY-SIMON, S., « L'indemnisation des dommages climatiques par le droit commun de la responsabilité civile », in HAUTEREAU-BOUTONNET, M., PORCHY-SIMON, S., (dirs.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2019, pp. 155 et ss.

PORTALIS, J.-E.-M., TRONCHET, F.-D., BIGOT DE PRÉAMENEU, F.-J.-J., DE MALEVILLE, J., « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », in *Motif et discours prononcé lors de la publication du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunal*, t. 1, Paris, Firmin et Didot Frères, 1850, pp. 1-23.

POSNER, R., « A Theory of Negligence », *The Journal of legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 29-96.

POSNER, R., « Killing or Wounding to Protect a Property Interest », *Journal of Law and Economics*, vol.14, 1971, pp. 201-232.

POULET-GIBOT-LECLERC, N., « La faute lourde n'a pas disparu, elle ne disparaîtra pas », *LPA*, 2002, n°132, pp. 16 et ss.

Q

QUATTROCHI, J.L., « Nuclear Liability Insurance in the United States: an Insurer's Perspective », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Édition OCDE, 2000, pp. 383-398.

QUÉRÉ, A., « Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third party Liability Regime », *BDN*, n°94, vol. 2014/2, pp. 77-104.

QUEZEL-AMBRUNAZ, C., « Clauses générales ou délits spéciaux ? », in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-argentine*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2014, Paris, Dalloz, pp. 157-171.

QUEZEL-AMBRUNAZ, C., « L'exemple d'un modèle de responsabilité hybride : la responsabilité environnementale », *RCA*, 2012, n° 2, dossier 12.

QUEZEL-AMBRUNAZ, C., « Propositions de suppression de la responsabilité au profit d'une socialisation des risques par d'autres moyens », *Gaz. Pal.*, n°218, pp. 25-28.

R

RADÉ, C. « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.*, 1998, pp. 301-307.

RADÉ, C., « Réflexions sur le fondement de la responsabilité civile (1). L'impasse », *D.*, 1999, pp. 313-319.

RADÉ, C., « Réflexion sur le fondement de la responsabilité (2). Les voies de la réforme : la promotion d'un droit à la sureté », *D.*, 1999, pp. 333-327.

RADÉ, C., « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de responsabilité », *RJE*, 2000, Hors-série, pp. 75-89.

- RADÉ, C., « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, pp. 2247-2254.
- RADÉ, C., « Liberté, égalité, responsabilité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°16, juin 2004, pp. 111-125.
- RADÉ, C., « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.*, 2005, pp. 988-994.
- RADÉ, C., « Responsabilité et solidarité : proposition pour une nouvelle architecture », *RCA*, 2009, n°3, dossier 5.
- RADÉ, C., « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *D.*, 2012, pp. 112-118.
- RADETZI, M., « Private Arrangements to Cover Large-Scale Liabilities Caused by Nuclear and Other Industrial Catastrophes », *Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 25, n°2, 2000, pp. 180-195
- RADETZKI, M., « Limitation de la responsabilité civile nucléaire : causes, conséquences, et perspectives », *BDN*, vol. 63, 1999/1, pp. 7-25.
- RAETZKE, C., « Nuclear Third-Party Liability in Germany », *BDN*, vol. 97, 2016/1, pp. 9-34.
- RAETZKE, C., OKRA, B., « Aspects juridiques et réglementaires à long terme des centrales nucléaires dans les pays membres de l'OCDE », *BDN*, vol. 87, 2011/1, pp. 51-82.
- RAINAUD, J.-M., CRISTINI, R., « La spécificité des sources du droit nucléaire et le droit de l'environnement », in SFDE, *Les centrales nucléaires et l'environnement*, Colloque, Paris, 1982, pp. 8 et ss.
- RAMSEYER, J.M., « Why Power Companies Build Nuclear Reactors on Fault Lines: The Case of Japan », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 13, 2012, pp. 457-485.
- RASKIN, E., « L'action de groupe », *RJC*, 2013, n° 6, pp. 464 et ss.
- READ, F., « The Trail Smelter Dispute », in BRASPIES, R.M., MILLER, R. A., (dirs.), *Transboundary Harm in International Law, Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 27-34.
- REBOUL-MAUPIN, N., « La prévention des risques technologiques : aspects juridiques », *LPA*, 2004, n°251, pp. 6-13.
- RÉGLADE, M., « Les perspectives qui ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement du droit international public », *RGDIP*, vol. 37, 1930, pp. 381-419.

- REID, E., « Liability for dangerous activities : a comparative analysis », *The international and Comparative Law Quaterly*, vol. 48, 1999, pp. 731-756.
- REISTMA, S.M.S., « An equitable distribution of compensation : realistic or wishful thinking », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Édition OCDE, 2000, pp. 347-362.
- REITSMA, S., TETLEY, M., « L'assurance des risques nucléaires », in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, Paris, Ed. OCDE, 2010, pp. 425-454.
- RÉMOND-GOUILLOUD, M., « Les fonds d'indemnisation (Collectivisation du risque) », in SFDE, *Droit de l'environnement marin, Développements récents*, Paris, Economica, 1988, pp. 305-317.
- RÉMOND-GOUILLOUD, M., « Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science », *La vie des sciences*, vol. 10, 1993, pp. 341-357.
- REMY, P., « Réflexion préliminaire sur le chapitre des délits » in TERRÉ, F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 15-59.
- REMY, R., BORGHETTI, J.-S., « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », in TERRÉ, F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 61-86.
- RENARD, S., « Coronavirus – Précisions du Conseil d'État sur le rôle de la police municipale dans la lutte contre les épidémies », *ACT*, 2020, pp. 175 et ss.
- RÉTIF, S., « Le rapport Catala », *RCA*, n°1, 2006, alerte 1.
- REUTER, P., « Le traité international, acte et norme », *APD*, vol. 32, 1987, pp. 111-117.
- REVERCHON-BILLOT, M., « Incidences processuelles du caractère collectif de l'évènement – Rapport de synthèse (Espagne, France, Italie et Québec) », *Les dommages de masse*, Séminaire du GRERCA 2019, pp. 1-26.
- REVET, T., « La jurisprudence », in *Liber amicorum Mélanges Philippe Malaurie*, Paris, Défrénois, 2005, pp. 377 et ss.
- REYES, S., et a., « LIFE Tritium Processing: A Sustainable Solution for Closing the Fusion Fuel Cycle », *Fusion Science and Technology*, vol. 64, n ° 2, 2013, pp. 187-193.
- REYNERS, P., « Accidents nucléaires, urgences radiologiques, dommages et responsabilité », in BEN ACHOUR, R., LAGHMANI, S., *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Paris, Pedone, 2002, pp. 215-233.

- REYNERS, P., « Le droit nucléaire confronté au droit de l'environnement : autonomie ou complémentarité ? », *RQDI*, Hors- série, 2007, pp. 149-186.
- REYNERS, P., « Modernization of the Civil Liability Regime for Nuclear Damage Amendment of the Vienna Convention and Adoption of the New Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage », *Report for the Seminar on Nuclear Law in Tallinn, Estonia*, 24-28 Août 1998, pp. 1 et ss.
- RHEUBEN, J., « Government Liability for regulatory Failure in the the Fukushima Disaster : A Common Law comparaison », *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 23, 2014, pp. 113-149.
- RICARD, P., « La clarification du lien entre droits de l'homme et protection de l'environnement et de ses conséquences par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif du 15 novembre 2017 », *JCDI*, 2018, pp. 15-18.
- RICOEUR, P., « Le concept de responsabilité. Essai d'une analyse sémantique », *Esprit*, 1994, pp. 28-48.
- RIETIKER, D., « The principle of 'effectiveness' in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights: its different dimensions and its consistency with public international law - no need for the concept of treaty *sui generis* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, 2010, pp. 245-277.
- RIEUR, M., « Le principe de précaution », *Les Xèmes journées franco-chinoises sur le droit de l'environnement*, Paris, 11-19 octobre 2006, communication.
- RIGAUX, A., SIMON, D., « Article 41 », in CORTEN, O, KLEIN, P., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaires article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1562-1587.
- RIGAUX, F., « Logique, morale et sciences expérimentales dans le droit de la responsabilité », in *Melanges Roger O. Dalcq- Responsabilité et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 507-524.
- Rivero, J., « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, chron. XXIII, p. 99-102.
- ROBBE, J., « Le devoir de prévention posé par l'article 3 de la Charte de l'environnement. Portée. Contrôle », *RFDA*, 2014, pp. 115-122.
- ROBERT, J., « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, pp. 117-132.
- ROCHE, C., « ITER, un nouveau sujet de droit international », *Riséo*, 2016-1, pp. 174-189.
- RODIÈRE, R., « Étude sur la dualité des régimes de responsabilité », *JCP G*, 1950, I, 868.
- RODIÈRE, R., « Responsabilité civile et risque atomique », *RIDC*, vol. 11, 1959, pp. 505-518.

- ROELANTS DU VIVIER, F., « Perspectives d'évolution de la réparation dans les Communautés européennes », in BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., et autres, *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Louvain, 1990, pp. 417-440.
- ROMANO, C., « L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles », in LEBEN, C., CARON, D., *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 379-425.
- ROMERIO, F., « Nuclear Energy between past and future. An Assessment based on the Concept of Risk », *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 2, n°1, 2007, pp. 33-54.
- ROOT, E., « The outlook of international law », *AJIL*, vol. 10, 1916, pp. 7 et ss .
- RØSÆG, E., « The impact of insurance practices on liability conventions », in *Legislative Approaches in Maritime Law, Legislative approaches in maritime law : proceedings from the European Colloquium on Maritime Law*, Oslo, Sjørettsfondet, 2001, pp. 19.
- ROTH, G., FITZ, H., « Critères objectifs et de la responsabilité civile en matière délictuelle », in SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H.-A., (dir.), *Exigences sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, Paris, LGDJ, 1983, pp. 173-209.
- ROUBIER, P., « De l'effet des lois nouvelles sur le procès en cours », in *Mélange offerts à Jacques Maury*, t. 2, Paris, Sirey-Dalloz, 1961, pp. 513 et ss.
- ROUCOUNAS, E., « Explications sur les limites différenciées et en mouvement entre le droit international et le droit interne », in D'ARGENT, P., BONAFÉ, B., COMBACAU, J., *Les limites du droit international, Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 355-378.
- ROUJOU DE BOUBÉE, G., « La loi nouvelle et le litige », *RTD civ.*, 1968, pp. 479 et ss.
- ROUSSEAU, D., « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges P. Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 885 et ss.
- ROUVIÈRE, F., « La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage », in TRICOIRE, J.-P., *Variation sur le thème du voisinage*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, pp. 73-87.
- ROUVIERE, F., « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, pp. 89-100.
- ROUX, C., « Que reste-t-il de la jurisprudence Doublet ? », *DA*, 2019, n°8-9, alerte 114.

ROUX, C., « Le contrôle des obligations positives », in GOESEL-LE BIHAN, V., (dir.), *La garantie des libertés : quelles techniques de contrôle par le juge*, Transversales, 2018.

ROUYÈRE, A., « Variation jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques », *RFDA*, 2008, pp. 1011-1023.

ROUYÈRE, A., « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques », *D.*, 2007, pp. 1537 et ss.

ROWDEN, M. A., KRAEMER, J. R., CUOCO, L. M. « La révision de 1988 de la Loi Price-Anderson ou mieux vaut tard que jamais », *BDN*, vol. 42, 1988/2, pp. 79-101.

RÜMELIN, M., « Gründe der Schadenszurechnung », *Freiburg im Breisgau, Leipzig*, 1896, pp. 1 et ss.

RUST, J., ROTHWELL, G., « On the Optimal Lifetime of Nuclear Power Plants », *Journal of Business & Economic Statistics*, 1997, vol. 15, n°2, pp. 195-208.

RUSTAND, H., « Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy – Progress report on negotiations to revise the Convention », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Édition OCDE, 2000, pp. 139-146.

S

SABLIÈRE, P., « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? Contribution à l'étude des incertitudes pesant sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 2005, pp. 2324-2329.

SAINT-PAU, J.-C., « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », in *Responsabilité civile et responsabilité pénale : regard croisé*, *RCA*, 2013, n° 26, p. 9-13.

SALAS, D., « Du déclin de la faute à la tentation du bouc émissaire », *Droit et cultures*, n°31, 1996, pp. 7-9.

SALEILLES, R., « Le risque professionnel dans le code civil », *La réforme sociale*, 1898, t. 35, pp. 696 et ss.

SALMON, J., « Changement et droit international public », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François RIGAUX*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 427-442.

SALUDEN, M., « La jurisprudence, phénomène sociologique », *APD*, vol. 30, 1985, pp. 191-205.

SALVE DE BRUNETON, J., « Les principes constitutionnels et la responsabilité civile », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 407 et ss.

- SANDS, P., « Article 39 », in CORTEN, O., KLEIN, P., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaires article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1523-1544.
- SANDS, P., « Observations on International Nuclear Law Ten Years after Chernobyl », *Review of European Community & International Environmental Law*, 1996, vol. 5, n°3, pp. 199-204.
- SANDS, P., COMMISSION, J., "Treaty, custom and time: interpretation/application", in FITZMAURICE, M., OLUFEMI, E., MERKOURIS, P., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 39-58.
- SANDS, P., GALLIZI, P., « La Convention de Bruxelles de 1968 et la responsabilité pour les dommages nucléaires », *BDN*, vol. 64, 1999/2, pp. 7-28.
- SANTULLI, C., « Les techniques interprétatives de la norme internationale - Rapport général », *RGDIP*, vol. 115, 2011, pp. 297-308.
- SARDA, F., « Pour un juge d'instruction civil », in *Une certaine idée du droit, Mélanges A. Decocq*, Paris, Litec, 2004, pp. 545 et ss.
- SAUVÉ, J.-M., « État de droit et efficacité », *AJDA*, 1999, pp. 119 et ss.
- SAVATIER, R., « Règles générales de responsabilité civile », *Rev. critique*, 1934, pp. 442 et ss.
- SAVATIER, R., « Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile », in *Mélanges de droits, d'histoire et d'économie offerts à Marcel Larborde-Lacoste*, Bordeaux, Bière, 1963, pp. 321-344.
- SCELLE, G., « La révision des conventions internationales », Rapport préliminaire, *AIDI*, Session de Bruxelles, 1948, pp. 1-51.
- SCHÄRF, W.-G., « Le jugement de la Cour européenne de justice dans l'affaire Temelin », *BDN*, vol. 85, 2010/1, pp. 83-96.
- SCHMANS, M., « Die Deckung der Nuklearen Haftpflicht durch Betreibermittel in Deutschland », in PELZER, N., (dir.), *Brennpunkte des Atomenergierechts/Nuclear Law Problems in focus*, Tagungsbericht der AIDN/INLA Regionaltagung in Wiesbaden, 2002, Baden- Baden, 2003, pp. 163 et ss.
- SCHNEIDER, A., « Amiante : à propos du fonds d'indemnisation des victimes », *JAC*, n°12, mars 2001.
- SCHREUER, C. « The interpretation of Treaties by Domestic Court », *BYIL*, vol. 45, 1971, p. 255-301.
- SCHUBERT, W., « Das preußische Eisenbahngesetz von 1838 », *ZRG GA*, 1999, n° 116, pp. 152-203.
- SCHUERMANS, L., « Une tour ou deux tours ? Quelques réflexions sur la globalisation des sinistres », in *Mélange offerts à Marcel Fontaine*, Paris, Larcier, 2003, pp. 831 et ss.

- SCHWARTZ, G.T., « The Myth of the Ford Pinto Case », *Rutgers Law Review*, 1991, vol. 43, pp. 1013-1068.
- SCHWARTZ, J., « Alternative Financial Security for the Coverage of Nuclear Third-Party Liability Risks », *Congrès Nuclear Inter Jura*, Bruxelles, 2007, pp. 37-72.
- SCHWARTZ, J., « L'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire », in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, Paris, Ed. OCDE, 2010, pp. 35-48.
- SCHWARTZ, J., « Le droit international de la responsabilité nucléaire : l'après Tchernobyl », in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, Paris, Ed. OCDE, 2006, pp. 41-80.
- SCHWARTZ, J., « Responsabilité civile et réparation pour les dommages résultant d'un accident nucléaire », in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, Paris, Ed. OCDE, 2006, pp. 339-389.
- SCHWARTZ, J., « Responsabilité civile et réparation pour les dommages résultant d'un accident nucléaire », in OCDE/AEN, *Le droit nucléaire international : Histoire, évolution et perspectives*, Paris, Ed. OCDE, 2010, pp. 339-390.
- SCHWARZENBERGER, G., « Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27–29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties », *V.J.I.L.*, (1968–1969), vol.9, n°1, pp. 1–19.
- SCOVAZZI, T., « Il 'velo' delle società transnazionali e gli incidenti industriali » in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memori di M. Giulano*, Milano, 1990, pp. 549-577.
- SÉBAN, A., « Conclusion sur CE, 30 novembre 2001, n° 219562, *Ministre de l'Économie et des finances c/M. Kechichian et autres* », *Rec. Lebon*, pp. 587 et ss.
- SEILLER, B., « La notion de police administrative », *RFDA*, 2015, pp. 876-882.
- SEILLER, B., « Précision sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *AJDA*, 2004, pp. 761-766.
- SHAPAR, H.K., « La législation relative à l'indemnisation des dommages nucléaires aux États-Unis », *BDN*, vol. 15, 1975/1, pp. 54-69.
- SICILIANOS, L.A., « Classification des obligations et dimensions multilatérales de la responsabilité internationale », in DUPUY, P.-M., (dir.), *Obligation multilatérale, droit impératif et responsabilité*, Paris, Pedone, 2003, pp. 57 et ss.
- SIMON, P., HENNEBICQ, M.-R. « La responsabilité des exploitants de navires nucléaires », *RIDC*, 1962, pp. 633-675.

- SIMS, N., « La Convention sur les armes biologiques vue sous l'angle historique 25 ans après son entrée en vigueur : du processus d'examen et de renforcement à un régime conventionnel intégré », *Forum du désarmement*, 2000, n°4, pp. 19-27.
- SINTEZ, C., « La densification normative de la responsabilité du fait des choses », in THIBIERGE, C., (dir.), *La densification normative*, Paris, Mare & Martin, 2013, pp. 65-74.
- SLIM, H., « Les intérêts protégés par la responsabilité civile en droit français », in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IRJS Ed., 2012, pp. 113-134.
- SMETS, H., « Le coût des pollutions accidentelles », in BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., et a., *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Louvain, 1990, pp. 23-46
- SOHN, L.B., « The Stockholm Declaration on the Human environment », *Harvard Journal of International Law*, vol. 14, 1973, pp. 423-515.
- SOLJAN, V., « The New Definition of Nuclear Damage In The 1997 Protocol to Amend The 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Ed. OCDE, 2000, pp. 59–84.
- SONGSHENG, J., MING, H.E., « Evidence for Tritium Production in the Earth's Interior », *Chinese Science Bulletin*, vol. 53, 2008, pp. 540 et ss.
- SOREL, J.-M., « Article 31 » in CORTEN, O., KLEIN, P., *Conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1289-1338.
- SOULEZ-LARIVIÈRE, D., « De la victimisation et de nombreuses autres causes », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, pp. 27-41
- SPIER, J., HAAZEN, O. A., « Comparative conclusions », in *Unification of tort law : causation*, La Haye, Kluwer Law International, 2000 .
- STAHL, J.-H., « Conclusions sur CE, 20 juin 1997, *Theux* », *RFDA*, 1998, pp. 82-89.
- STÄLBERG, P., « Causalité et problème de la preuve en matière de dommage nucléaire », *BDN*, vol. 53, vol. 1994/1, pp. 22-30.
- STARKE, J.G., « Imputability of international delinquencies », *BYBIL*, 1938, pp. 104 et ss.

STERN, B., « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats », *AFDI*, vol. 47, 2001, pp. 3-44.

STERN, B., « La coutume au cœur du droit international ; quelques réflexions », in *Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 479-485.

STIRN, B., « Ordre public et libertés publiques », *ADP*, 2015, vol. 58, pp. 5-15.

STOUFFLET, J., « Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes », in *Mélanges offerts à Pierre VAN OMMESLAGHE*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 689 et ss.

STROHL, P., « Originalité du droit nucléaire », *Le courrier du CRNS*, 1990, 75.

STROHL, P., « Réalités et perspectives de l'harmonisation des législations nucléaires – le point de vue d'une organisation régionale/internationale », in PELZER, N., (dir.), *Status, prospects and possibilities of international harmonization in the field of nuclear energy law*, Vienne, Ed. AIEA, 1986, pp. 581-595.

SUR, S., « L'interprétation en droit international public », in AMSELEK, P., (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 155-163.

SURANSKY, F., « Increased Liability Amounts under the 1997 Vienna Protocol and Elsewhere », in AEN/OCDE, *Réforme de la responsabilité civile nucléaire – Symposium de Budapest 1999*, Paris, Ed. OCDE, 2000, pp. 115–124.

SWARTZ, N., « The Impact of the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage », *University of Pennsylvania Asian Law Review*, vol. 12, n°2, 2016, pp. 313–352.

T

TA, I., « Où les incertitudes entourant le délai butoir amènent à d'inutiles contorsions », *D.*, 2019, pp. 2239-2343.

TAMI, R., DAINA, S., « La réception en droit suisse de la Convention de Paris et de la Convention complémentaire de Bruxelles révisées », *BDN*, vol. 74, 2004/2, pp. 27-32.

TAMS, C.J., « Unity and diversity in the Law of State Responsibility », in ZIMMERMANN, A., HOFMANN, R., *Unity and Diversity in International Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, pp. 435-458.

TANAKA, Y., « Reflections on Time Elements in International Law of the Environment », *NJIL*, vol. 83, n°3, 2014, pp. 213–250.

TARZIA, G., « Les pouvoirs d'office du juge en matière de preuve », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 469-475.

- TERRÉ, F., « Propos sur la responsabilité civile », *APD*, 1977, Vol. 22, pp. 37 et ss.
- TETLEY, M., « Les révisions des conventions de Paris et de Vienne sur la responsabilité civile – le point de vue des assureurs », *BDN*, vol. 77, 2006/1, pp. 27-40.
- THÉRON, S., « Les catégories en droit administratif », *RRJ*, 2005, pp. 2399 et ss.
- THIBIERGE, C. « Libre propos sur l'évolution du droit des contrats », *RTD Civ*, 1997, pp. 357-386.
- THIBIERGE, C., « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile », *RTD civ.*, 1999, pp. 561-584.
- THIBIERGE, C., « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.*, 2004, pp. 577-582.
- THIRIEZ, P.-Y., « La *mitigation* ou l'obligation pour la victime de minimiser son dommage : une exception française », *Gaz. Pal*, 9 décembre 2014, n° 343, pp. 5-12.
- THOMAS, V., « La responsabilité de la société-mère pour faute dans l'exercice du pouvoir de contrôle de la filiale », *Revue des procédures collectives* n°6, novembre 2013, dossier 55.
- THOUVENIN, J.-M., « Le "mode d'emploi" des déclarations interprétatives », in *Actualité des réserves aux traités*, *SFDI*, Paris, Pedone, 2014, pp. 65-74.
- THUNIS, X., « La responsabilité environnementale en droit européen : matières à intégration(s) », in *D'urbanisme et d'environnement, Liber amicorum Francis Haumont*, Bruxelles, Bruylant, pp. 817-830.
- THUNIS, X., ; « Le temps de la responsabilité (réflexions sur la Convention du Conseil de l'Europe et sur le livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement) », *Aménagement-environnement*, 1993, n°4, 1993, pp. 215-226.
- TIRVAUDEY, C., « Les antennes-relais, un voisin bien embarrassant », in *TRICOIRE, J.-P., Variation sur le thème du voisinage*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, pp. 141-172.
- TOCHI ADISANYA, A., « Modernization of Nuclear Liability Regimes: the Impact on the Nuclear Insurance Industry », *CEPMLP Annual Review*, vol. 15, 2013, pp. 3 et ss.
- TORCHIANA, W., « Expérience nationale : Les États-Unis », in *Les recours collectifs : études comparée*, Paris, Société de Législation comparée, 2006, pp. 139 et ss.
- TOUBLANC, A., « De la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale », *AJDA*, 2004, p. 1173-1178.
- TREBILCOCK, M., WINTER, R.A., « The Economics of Nuclear Accident Law », *IRLE*, vol. 17, 1997, pp. 215-243.

- TRÉBULLE, F.-G., « Voisinage d'une centrale nucléaire : enseignements sur la théorie des troubles du voisinage dans un contexte international », *RDI*, 2006, n°5, pp. 356-359.
- TRÉBULLE, F.-G., « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et préoccupation », *RDI*, 2011, pp. 369-377.
- TRÉBULLE, F.-G., « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? » *Energie-Environnement-Infrastructure*, n°8-9, 2018, dossier 24.
- TRÉBULLE, F.-G., « À propos de la carence de l'État en matière d'amiante », *JCP G*, n° 25, 2004, 1098.
- TRÉBULLE, F.-G., « Rôle du préfet en matière d'installation classée », *AJDA*, 2005, pp. 610 et ss.
- TRÉBULLE, F.-G., « Environnement et droit des sociétés », *Dr. sociétés*, 2010, n°12, Étude 19.
- TRÉBULLE, F.-G., « Entreprise et développements durable », *JCP E*, 2007, n° 30, 1957.
- TRÊVES, T., « Les tendances récentes du droit conventionnel de la responsabilité et le nouveau droit de la mer », *AFDI*, vol. 21, 1975, p. 774 et ss.
- TREVOR, J.P.H., « Principles of Civil Liability for Nuclear Damage », in AIEA, *Nuclear Law for a Developing World*, Legal Series n°5, AIEA, Vienne, 1969, pp. 109-115.
- TRIGEAUD, J.-M., « Promesse et appropriation du futur », in BEAUCHET, A., *Le droit et le futur*, PUF, Paris, 1985, pp. 63 et ss.
- TROUWBORST, A., « Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on migratory species and its daughter instruments to climate change », *Diversity*, vol. 4, 2012, p. 286-288.
- TRUCHET, D., « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité » in REDOR, M.-J., (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 299-316.
- TRUCHET, D., « L'indemnisation du risque en droit administratif », *Riseo*, 2013, n°2, pp. 3-9.
- TRUCHET, D., « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, pp. 427 et ss.
- TUNC, A., « Aux frontières du droit et du non droit : l'équité » in *Jalon dits et écrits d'André Tunc*, Paris, Société Française de législation comparée, 1991, pp. 391-408.
- TUNC, A., « Évolution du concept juridique de responsabilité », *Droit et cultures*, 1996, n°1, pp. 19-30.

TUNC, A., « Le droit en miettes », *APD*, 1977, vol. 22, pp. 31-36.

TUNC, A., « Le rapport Pearson sur la responsabilité civile et l'indemnisation des dommages corporels », *RIDC.*, 1978, vol. 30, pp. 507-529.

TUNC, A., « Les choses dangereuses et la responsabilité civile en droit français », in *Les choses dangereuses en droit français, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIX, Paris, Dalloz, 1967, pp. 57 et ss.

TUNC, A., « Les problèmes contemporains de la responsabilité délictuelle », *RIDC*, vol. 19, 1967, pp. 751-777.

TUNC, A., « Où va la responsabilité civile aux Etats Unis ? », *RIDC*, 1983, vol. 41-3, p. 711-725.

TUNC, A., « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, 1975, t.1, pp. 407-415.

TYRAN, J.R, ZWEIFEL, P., « Environmental Risk Internalisation Through Capital Markets – ERICAM : The Case of Nuclear Power », *Conférence annuelle de l'Association européenne du droit et de l'économie*, Londres, 17-19 septembre 1992.

U

UMBERTO GOÛT, E., « Le sort des pièces de la procédure pénale devant le juge civil », *LPA*, n°245, 2018, pp. 6-8.

V

VAN BOOM, W.H., « Some remarks on the Decline of Rylands v Fletcher and the Disparity of European Strict Liability Regime », *SSRN Electronic Journal*, 2000, pp. 1-22.

VAN DER PLANCKE, V., VAN LEUVEN, N., « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », in *Entre ombres et lumières : cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 191-279.

VAN KERCHOVE, M., « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1978, pp. 13 et ss.

VAN LANG, A., « La directive "responsabilité environnementale" et le droit administratif : influences prévisibles et paradoxales », *Environnement*, 2005, n°12, étude 32.

- VAN LANG, A., « La protection des populations contre les fibres d'amiante passée au crible de la Charte de l'environnement. Note sous CE, 26 février 2014, n° 351514, *Ban Asbestos France, T. Lebon* », *RDI*, 2014, pp. 331 et ss.
- VANDEN BORRE, T., « Channeling of Liability: a Few Juridical and Economic Views on an Inadequate Legal Construction », in HORBACH, N., (dir.), *Contemporary Developments in Nuclear Energy Law: Harmonizing Legislation in CEEC/NIS*, 1999, Kluwer Law International, La Haye/Boston, 1999, pp. 13-39.
- VANDEN BORRE, T., « The US versus the international Nuclear Liability and Insurance System : An economic analysis », *Congrès Nuclear Inter Jura 2007*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- VANDEVELDE, K., « Treaty interpretation from a negotiator's perspective », *VJTL*, vol. 21, 1988, pp. 282-311.
- VÁSQUEZ-MAIGNAN, X., « Fukushima : responsabilité et indemnisation », *BDN*, vol. 88, 2011/2, pp. 67-70.
- VEDEL, G., « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre VIGREUX*, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 767-783.
- VEDEL, G., « Un problème difficile : la responsabilité des fournisseurs envers les exploitants d'installations nucléaires en cas de dommage nucléaires imputables aux faits de ceux-ci », *Cahier de jurisprudence de l'Electricité et du Gaz*, 1973.
- VENEZIA, J.-C., « Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l'administration », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, PUAM, 1986, pp. 207 et ss.
- VERGÈS, E. « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », in THRUILLHÉ-MARENGO, E., *Preuve scientifique, preuve juridique : la preuve à l'épreuve*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 127 et ss.
- VERGÈS, E., « Risks and Uncertainties of Scientific Innovations in French Liability Law : Between Radical Departure and Continuity », *McGill Law Journal, Technological Innovation and Civil Responsibility*, vol. 59, n° 4, 2014, pp. 890-911.
- VERHOEVEN, J., « La notion d' "applicabilité directe" du droit international », *RBDI*, vol. XV, 1980, pp. 243-264.
- VERHOEVEN, J., « Une réparation communautaire ou internationale des catastrophes », in BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., et a., *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{ème} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Louvain, 1990, pp. 457-494.

- VEY, A., « L'accès aux pièces d'une procédure pénale et leur production dans une autre procédure », *D.*, 2021, pp. 752-762.
- VIDAL NAQUET, A., « La sécurité en droit constitutionnel : non-dit ou non-être ? », in NGAMPIO-OBELEBELE, U., (dir.), *La sécurité en droit public*, Fondation Varennes, 2018 .
- VILLEY, M., « La responsabilité », *APD*, 1977, vol. 22, pp. 45-58.
- VILLIEN, P., « Vers une unification des régimes de responsabilité en matière de troubles de voisinage dans la construction immobilière », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1999, pp. 1 et ss.
- VINCINEAU, M., « La responsabilité civile en matière de dommages nucléaires – Legislation belge et convention internationales », *RBDI*, 1969/1, pp. 226-269.
- VINEY, G., « Conclusion générale », in LEDUC, F., *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Paris, Economica, 1997, pp. 153 et ss.
- VINEY, G., « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *APD*, 1977, vol. 22, pp. 5-22.
- VINEY, G., « L'avenir des régimes d'indemnisation indépendants de la responsabilité civile », *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 671-688.
- VINEY, G., « L'avenir des régimes d'indemnisation sans égard à la responsabilité », *Les Cahiers de droit*, vol. 39, n°2-3, 1998, pp. 287 et ss.
- VINEY, G., « Le droit de la responsabilité dans l'avant-projet Catala », in WINIGER, B., (dir.), *La responsabilité civile européenne de demain, Projet de révision nationaux et principes européens*, Bâle, Schulthess, 2008, pp. 141-158.
- VINEY, G., « Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile », *RDC*, 2009, pp. 493 et ss.
- VINEY, G., « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *JCP G*, 1996, I, 39000.
- VINEY, G., « Rapport de synthèse », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, Paris, LexisNexis, 2001, pp. 82-88.
- VINEY, G., « Responsabilité civile », *JCP G*, n°50, 2000, doct. 280.
- VIOUTAS, V., « L'affaire PIP de retour devant le juge administratif », *JCP G*, n°7, 2019, pp. 313-316.
- VIRALLY, M., « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *AFDI*, 1956, pp. 66-96.

- VIRALLY, M., « Préface », in VOÏCU, I., *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, Paris, Pedone, 1968, pp. VII-XII.
- VIRALLY, M., « Sur la classification des traités. A propos du projet d'articles de la Commission du droit international », *Comunicazioni e Studi*, XIII, 1969, pp. 17-35.
- VISSER'T HOOF, H.-P., « Dommages directs et indirects après un accident nucléaire – Réflexion sur un problème méconnu », *Journal des tribunaux*, n° 4547, 1966, pp. 609-613.
- VITTA, E., « Le traité multilatéral peut-il être considéré comme un acte législatif ? », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 225-238.
- VIVANT, M., « Science et praxis juridique », *D.*, 1993, p. 109 et ss.
- VOIRIN, P., « La notion de chose dangereuse », *D.*, 1929, chron., pp. 1 et ss.
- VOLMERANGE, X., « La responsabilité de l'État en matière d'installations classées », *LPA*, 2002, n° 255, pp 4-9.
- VON BAR, C., « Groupe d'études sur un Code civil européen », *RIDC*, vol. 53, n°1, 2001. pp. 127-139.
- VON BUSEKIST, O., « Le protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris : une passerelle entre les deux conventions sur la responsabilité civile pour les dommages nucléaires », in OCDE/AEN/AIEA, *Le droit nucléaire international après Tchernobyl*, Paris, Ed. OCDE, 2006, pp. 145-173.
- VON CAEMMERER, E., « La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique », *RIDC*, Vol. 9, 1957, pp. 673-685.

W

- WACHSMANN, P., « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 157 et ss.
- WACHSMANN, P., « À quoi sert la faute lourde en matière de police administrative », *AJDA*, 2018, p. 1801.
- WADE, A., « Life and Nuclear Radiation: Chernobyl and Fukushima in Perspective », *EJLR.*, 3/2011, pp. 373-375.

- WAGNER, G. « (Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation System », in VAN BOOM, W., FAURE, M., (dirs.), *Shifts in compensation Between Private and Public System*, New-York, Springer, 2007, pp. 80-90.
- WALDNER, M., « Conflits de lois liés à la participation de la Suisse au régime de responsabilité civile de la Convention de Paris », *BDN*, vol. 90, 2012/2, pp. 33-76.
- WALINE, M., « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? » in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t.1, Paris, Sirey, 1963, pp. 359-371.
- WARREN, G.C., « Nuclear Damage under the 1997 Protocol: Convention thinking ? », in OCDE/AEN (dir.), *Réforme de la responsabilité civile nucléaire*, Symposium Budapest 1999, Ed. OCDE, 2000, pp. 85-96.
- WARREN, G.C., « Révisions de la Convention de Vienne – Examen des travaux et conséquences sous l'angle de l'assurance des projets d'amendement », *BDN*, vol.55, 1995/1, pp. 9-19.
- WARRIKOFF, A., « Soll Deutschland die Pariser Atomhaftungskonvention ratifizieren ? », *Atomwirtschaft Atomtechnik (atw)* 1965, pp. 129 et ss.
- WATHELET, M., « Les préoccupations de l'homme politique », in *La réparation des dommages catastrophiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 3-14.
- WEIBEL, M., « Demystifying the Art of Interpretation », *EJIL*, vol. 22, 2011/2, pp. 571-588.
- WEIL, A., « Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 1, Paris, Sirey, 1960, pp. 554 et ss.
- WEISS, E., « Environmental Disasters in International Law », *AJI*, 1986, pp. 141-169.
- WEYMULLER, B. DEBENEIX, T., « Auto-assurance et transfert des risques » », in EWALD, F., LORENZI, J.-H., (dirs.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, Economica, 1999, pp. 1603-1622.
- WIDMER, P., « Fonction et évolution de la responsabilité pour risque », *RDS*, 1977, pp. 417 et ss.
- WIDMER, P., « La responsabilité pour chose et activités dangereuses dans les projets européens », in GRERCA, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Paris, IRJS Ed., 2012, pp. 251-278.
- WIDMER, P., « Le projet suisse (mort-né) de réforme et d'unification du droit de la responsabilité civile », in WINIGER, B., dir., *La responsabilité civile européenne de demain, Projet de révision nationaux et principes européens*, Bâle, Schulthess, 2008, pp. 67-76.

WRIGHT, R.W., « Causation in tort law », *California law review*, vol. 73, 1985, p. 1735-1828.

WRIGHT, R.W., « The NESS Account of Natural Causation: A Response to Criticisms », in GOLDBERG, R., dir., *Perspectives on causation*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 285-322.

Y

YAKEMTCHOUK, R., « La révision des traités multilatéraux en droit international », *RGDIP*, vol. 60, 1956, pp. 337-400.

YOLKA, P., « Penser le droit administratif autrement ? », *AJDA*, 2019, pp. 1622-1624.

Z

ZARBIYEV, F., « L'interprétation téléologique des traités comme moyen de prise en compte des valeurs et intérêts environnementaux », in RUIZ FABRI, H., GRADONI, L., (dirs.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, pp. 199-242.

ZENATI, F., « La notion de divergence de jurisprudence in ANCEL, P., RIVIER, M.-C., *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, Publication de l'Université de Saint Etienne, 2003, pp. 53 et ss.

ZENATI-CASTAING, F., « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.*, 2007, pp. 1553-1560.

ZHAOHU, L., AIHON, W., BIN, N., « Brief introduction to China's Nuclear Liability Regime », in OCDE/AEN, *Reform of Civil Nuclear Liability—Budapest Symposium 1999*, Paris, Edition OCDE, 2000, pp. 241-245.

ZUCHETTI, M., SUGIYAMA, L., « Advanced Fuel Cycles for Fusion Reactors : Passive safety and Zero-Waste Option », *Journal of Physics : Conferences Series*, n°41, pp. 496-501.

ZULEEG, M., « Communautés européennes et réparation des dommages catastrophiques », in BALLARINO, T., VERHOEVEN, J., et a., *La réparation des dommages catastrophiques. Travaux des XIII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 353-378.

NOTICES ENCYCLOPÉDIQUES

A

ALLARD, B., JOURDAN-MARQUES, J., « Action de groupe », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021.

AMBROISE, C., « Action civile – Primauté du criminel sur le civil », *Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, 2020.

ARBELLOT, F., « Frais irrépétibles », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021.

B

BAHOUGNE, L., « Services publics locaux – règles générales », *JCL Adm.*, Fasc. 126-12, 2018.

BÉRAUDO, J.-P., BÉRAUDO, M.-J., « Convention de Bruxelles/Convention de Lugano/Règlement (CE) n° 44/2001 et UE n°1215/2012, Compétence, Règle de procédure ayant une incidence sur la compétence, *JCL Europe Traité*, Fasc. 3030, 2019.

BERTOLASO, S., « Le risque, objet du contrat », *JCL Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 505-20.

BLOCH, L., « Le particularisme de l'assurance de responsabilité », *JCL Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 11-10, 2021.

BON, P., « Police municipale : principes de fond », *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n°2220, 2019.

BOSKOVIC, O., « Droit international privé et environnement – Conflit de juridiction – Conflits de lois », *JCL Environnement et Développement durable*, Fasc. 2030, 2014.

BOSKOVIC, O., « Règlement Rome II : obligation non contractuelle », *Répertoire Dalloz de droit international*, 2021.

BOUTONNET, M., « Responsabilité civile environnementale », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2021.

BOUTY, C., « Chose jugée », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021.

BRAHIC LAMBREY, C., « Production forcée des pièces », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019.

BRAUD, F., « Fonctionnement des installations classées », *JCL Environnement et Développement durable*, Fasc. 4016, 2020.

BRAUD, F., MOUSTARDIER, A., « Installations classées soumises à déclaration », *JCL Environnement et Développement durable*, Fasc. 4014, 2021.

BRIÈRE, C., « Règlement (CE) N° 864/2007 du 11 Juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non Contractuelles ("Rome II") », *JCL Europe Traité*, Fasc. 3206, 2019.

BUISSON, J., « Preuve », *Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, 2020.

C

- CADIET, L., « Connexité », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019.
- CAILLÉ, L., « Assurance de dommage – Règle commune aux assurances de dommages », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2021.
- CAYROL, N., « Action en justice », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021.
- CHABOT, G., « Comparution personnelle », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019.
- CLÉMENT, J.-N., « Responsabilité pour faute de l'administration », *JCL Environnement et Développement durable*, Fasc. 5020, 2020.
- COURTIEU, D., « Régime divers – Troubles de voisinage – Applications jurisprudentielles », *JCL Civil code*, Fasc. n°265-20, 2020.
- COURTIEU, G., « Régimes divers – Troubles de voisinage », *JCL Civ. code*, Fasc. n°265-10, 2021.
- COURTIEU, G., « Régimes divers – Troubles de voisinage », *JCL Civil Code*, Fasc. 265-10, 2017.
- COURTIEU, D., « Régimes divers – Troubles de voisinage – Applications jurisprudentielles », *JCL Civil Code*, Fasc. 265-20, 2016.
- COURTIEU, D., « Troubles de voisinage », *JCL Civil Annexes*, Fasc. unique, 2017.
- COURTIEU, G., « Assurance contre les accidents corporels », *JCL Responsabilité civile et assurance*, Fasc.16, 2021.
- CRÉDOT, F.-J., « Société de caution mutuelle », *JCL Banque*, Fasc. 745, 2012.
- D**
- D'AMBRA, D., BOUCON, A.-M., « Intervention », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2020.
- DEFOSSEZ, M., LANDRY, D., « Dépens-frais irrépétibles – article 700 », *JCL Procédure civile*, Fasc. 400-90, 2016.
- DEHARBE, D., « Installations classées soumises à autorisation », *JCL Environnement et Développement durable*, Fasc. 4012, 2021.
- DEHARBE, D., « Installations classées soumises à enregistrement », *JCL Environnement et Développement durable*, Fasc. 4015, 2021.
- DEHARBE, D., BORREL, Y., « Installations classées pour la protection de l'environnement – Obligation de remise en état », *JCL Environnement et Développement durable*, Fasc. 4020, 2021.

DEHAUSSY, J., SALEM, M., « Les traités. Interprétation », in GOLDMAN, B., (dir.), *Principes, règles et méthodes applicables à l'interprétation, JCL Droit international*, Paris, vol.1, Fasc. 12-6, 1995.

DEMOUVEAUX, J.-P., « Responsabilité en matière d'environnement », *JCL Administratif*, Fasc. 865, 2020.

DESPAQUIS, J.M., « Aide juridique – aide juridictionnelle », *JCL Procédure civile*, Fasc. 500-10, 2021.

DEUMIER, P., « Jurisprudence », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2019.

DOUCHY-LOUDOT, M., « Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *JCL Procédure civile*, Fasc. 900-30, 2021.

DOUCHY-LOUDOT, M., « Compétence », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2020.

DOUCHY-LOUDOT, M., « Tribunal judiciaire – Procédure contentieuse écrite – Procédure ordinaire : mise en état », *JCL Procédure civile*, Fasc. 1100-85, 2020.

DUBOIS, J.-P., « Responsabilité pour faute », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, 2021, pp. 2058 et ss.

DUBOIS, J.-P., « Travaux publics », *Répertoire Dalloz de la responsabilité administrative*, 2021.

F

FARTUNOVA-MICHEL, M., « Obtention des preuves en matière civile et commerciale – Coopération entre les juridictions des États membres – Règlement (CE) n°1206/2001 », *JCL Droit international*, Fasc. 582-60, 2019.

FERRAND, F., « Preuve », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021.

FLORES, P., « Ministère public », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019.

FOHRE-DEDEURWAERDER, E., « Qualification en droit international privé », *JCL Civil Code*, Fasc. 20, 2015.

FOHRE-DEDEURWAERDER, E., « Conflit de loi – La loi étrangère devant les juridictions françaises – Établissement du contenu de la loi étrangère », *JCL Droit international*, Fasc. 539-20, 2021.

FOURNIER, S., « Régime de la réparation. Action réparation. Prescription », *JCL Notarial*, Fasc. 222, 2021.

FRICERO, N., « Jonction et disjonction d'instance », *JCL Procédure civile*, Fasc. 800-15, 2018.

G

GABOLDE, C., « Installation classée pour la protection de l'environnement », *JCL Administratif*, Fasc. 365, 2013.

GAUDEMET, S., « Application de la loi dans le temps – Le juge et l’article 2 du Code civil », *JCL Civil Code*, Fasc. 20, 2018.

GAUDEMET-TALLON, H. « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Répertoire Dalloz de droit international*, 2019.

GERHAGNON, H., « Aide juridique », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021.

GESLIN, A., « Sources du droit international – Les traités – Interprétation – Motifs, sujets et autorité de l’interprétation », *JCI droit international*, Fasc. 45, 2015.

GESLIN, A., « Sources du droit international – Les traités – Interprétation – Techniques et modalités d’interprétation », *JCL droit international*, Fasc. 40, 2015.

GILLIG, D., GRENET, C., « Création et fonctionnement des installations classées pour la protection de l’environnement autorisées ou déclarées », *JCL Environnement et Développement durable*, Fasc. 40-16, 2020

GOUT, O., « Ministère public – Attributions judiciaires en matière civile – Ministère public, partie jointe », *JCL Procédure civile*, Fasc. 400-30, 2021.

GUILLAUMÉ, J., « Ordre public international », *JCL Civil Code*, Fasc. 42, 2018.

H

HAUTEREAU-BOUTONNET, M., « La responsabilité civile environnementale », *Répertoire Dalloz de Droit civil*, 2021.

HÉBERT, J., « Nucléaire, responsabilité civile », *JCL Civil*, Fasc. 425-1, 1986.

HONTEBEYRIE, A., « Prescription extinctive », *Répertoire Dalloz droit civil*, 2020.

HUET, A., « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux – Compétence de la *lex fori* – Domaine de la *lex fori* », *JCL Droit international*, Fasc 582-10, 2018.

HUET, A., « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux – Compétence de la *lex fori* : instance », *JCL Droit international*, Fasc 582-20, 2018.

J

JOURDAIN, P., « Droit à réparation – Lien de causalité – Pluralité des causes du dommage », *JCL Civil Code*, Fasc. 162, 2021.

JULIENNE, F., « Transaction », *JCL Civil Code*, Fasc. 10, 2017.

K

KARILA VAN DE, J., GERBAY, N., « Chose jugée », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2020.

KESSEDJIAN, C., « Immunités », *Répertoire Dalloz de droit international*, 2021,

L

LARDEUX, G., « Sources extracontractuelles des obligations – Domaine de la loi applicable », *JCL Civil Code*, Fasc. 20, 2018.

LE BAYON, A., « Compétence territoriale en matière civile », *JCL Procédure civile*, Fasc. 600-80, 2021.

LE TOURNEAU, P., JULIEN, J., « Solidarité », *Répertoire de droit civil*, 2020.

LECOURT, A., « Groupe de sociétés – Fonctionnement du groupe de société », *Répertoire des sociétés Dalloz*, 2021.

M

MAILHÉ, F., « Droit européen des conflits de juridictions », *JCL Europe Traité*, 2021.

MAYAUX, L., PIMBERT, A., « Contrat d'assurance », *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2021.

MIGNOT, M., « Régime général des obligations – Modalités de l'obligation – Pluralité de sujets – Obligation in solidum », *JCL Civil Code*, Fasc. 30, 2020.

MIGNOT, M., « Prescription extinctive », *JCL Notarial*, Fasc. 12, 2021.

MOLINER-DUBOST, M., « Nucléaire », *JCL Administratif*, Fasc. 278, 2020.

MONOT-FOULETIER, M., « Responsabilité du fait des activités de contrôle », *JCL Administratif*, Fasc. 918, 2019.

MONSÉRIÉ-BON, M.-H., « Coopérative de crédit », *Répertoire Dalloz des sociétés*, 2010.

MOREAU, J., MUSCAT, H., « Détermination du patrimoine public responsable », *JCL A*, Fasc. 836, 2011.

MUIR WATT, H., CREACH, M., « Expertise », *Répertoire Dalloz de droit international*, 2016.

P

PAILLET, M., « Faute de service. Preuve et qualification », *JCL Administratif*, Fasc. 820, 2011.

PAILLET, M., BREEN, E., « Faute de service. Notions », *JCL Administratif*, Fasc. 818, 2011.

PETIT, J., EVEILLARD, G., « Ouvrage public, Régime », *JCL Propriétés publiques*, Fasc. 9, 2019.

PETIT, J. « Ouvrage public – notion », *JCL Propriétés publiques*, Fasc. 8, 2019.

PREZAS, I., « Immunités internationales », *JCL Droit international*, Fasc. 409-50, 2021.

Q

QUISTREBERT, Y., « Le dommage : caractère du dommage réparable », *JCL Code civil*, Fasc. 101, 2021.

R

RABOURDIN, P., MUIR WATT, H., « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère », *Répertoire Dalloz de droit international*, 2018.

RAJOT, B., « Fonds de garantie divers », *JCL Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 533, 2018.

REDON, M., « Enquête, témoins, attestations », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021.

REDON, M., « Copie et reproduction de pièces », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2020.

REDON, M., « Frais et dépens », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2020.

REDON, M., « Mesures d’instruction confiées à un technicien », *Répertoire Dalloz procédure civile*, 2021.

RENARD-PAYEN, O., « Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics – Mise en oeuvre », *JCL Administratif*, Fasc. 930, 2021.

REVERCHON-BILLOT, M., « Transaction », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2018.

ROLLAND, B., « Garantie », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019.

S

SALATI, O., « Mise en état », *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2021.

SÉRAPIONIAN, J., « Production forcée de pièce », *JCL Procédure civile*, Fasc. 700-20, 2018.

SIMLER, P., « Lettres d’intention », *JCL Civil Code*, Fasc. unique, 2018.

SLIM, H., « Transaction », *JCL Responsabilité civile et assurance*, Fasc. 240, 2021.

SLIM, H., « Responsabilité civile délictuelle en droit international privé », *JCL, Responsabilité civile*, Fasc. 255-10, 2016.

T

TAISNE, J.-J., « Intervention », *JCL Procédure civile*, Fasc. 600-20, 2021.

TERNEYRE, P., « Interventions économiques », *Répertoire Dalloz de responsabilité de la puissance publique*, 2020.

THIBIERGE, L., « Transaction », *Répertoire de droit civil*, 2020.

TIRVAUDEY-BOURDIN, C., « Compétence – Exception de litispendance et de connexité », *JCL Procédure civile*, Fasc. 600-95, 2021.

U

USINIER, L., « Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Compétence – Règles ordinaires de compétence – Compétences dérivées – Article 8 du règlement (UE) n° 1215/2012 », *JCL Droit international*, Fasc. 584-140, 2021.

DOCUMENTS

Accords, Conventions et Protocoles

Accord de participation de la Communauté européenne de l'Énergie atomique aux activités ayant trait à un avant-projet de réacteur thermonucléaire expérimental international (ITER) au côté du Japon, de l'Union des républiques socialistes soviétiques et des États-Unis d'Amérique, JO, n° L 102, 21 avril 1988, p. 0032

Accord sur les privilèges et immunités de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER, signée à Paris, le 21 novembre 2006, entrée en vigueur le 24 octobre 2007, RTNU, vol. 2491, p. 317.

Accord sur l'établissement de l'Organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion en vue de la mise en œuvre conjointe du projet ITER, AEIA, 8 mai 2007, entrée en vigueur le 24 octobre 2007, RTNU, vol. 2491.

Convention complémentaire à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, signée à Bruxelles le 31 janvier 1963, amendée avant son entrée en vigueur le 28 janvier 1964, entrée en vigueur le 4 décembre 1974, RTNU, vol. 1041.

Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, signée à Paris, le 29 juillet 1960, amendée, avant son entrée en vigueur, par le Protocole additionnel à ladite Convention le 28 janvier 1964, entrée en vigueur le 1 avril 1968, RTNU, vol. 956

Protocole portant modification de la Convention du 31 janvier 1963, complémentaire à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964, signée à Paris le 16 novembre 1982, entrée en vigueur le 1 août 1991, RTNU, vol. 1650

Protocole portant modification de la Convention du 31 janvier 1963 complémentaire la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, amendée par le protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le protocole du 16 novembre 1982, signée à Paris, le 12 février 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022

Convention relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, signée à Vienne le 21 mai 1963, entrée en vigueur le 12 novembre 1977, RTNU, vol.1063

Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, signée à Vienne, le 12 septembre 1997, entrée en vigueur le 4 octobre 2003, RTNU, vol. 2241,

Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires et de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, signée à Vienne, le 21 septembre 1988, entrée en vigueur le 27 avril 1992, RTNU, vol. 1672

Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires, signée à Vienne le 12 septembre 1997, entrée en vigueur le 15 avril 2015, ILM, vol. 36.

Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, RTNU, vol. 1155.

Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance, et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale, adoptée à Lugano le 30 octobre 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, JOUE L339, 21 décembre 2007.

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, RTNU, vol. 1833 p.3, vol.1834 p.4, vol.1835 p.5.

Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, adoptée à Bruxelles le 29 novembre 1969, et entrée en vigueur le 19 juin 1975, RTNU, vol. 973.

Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Varsovie le 12 octobre 1929, entrée en vigueur le 13 février 1933, RTSN, 1933, vol. 137.

Convention relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matière nucléaire, adoptée à Bruxelles le 17 décembre 1971, entrée en vigueur le 15 juillet 1975, RTNU, vol. 974, p. 255.

Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers, signée à Rome le 7 octobre 1952, entrée en vigueur le 4 février 1958, RTNU, vol. 310, p. 181.

Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, adoptée dans le cadre de l'AIEA à Vienne le 26 septembre 1986, RTNU, vol. 1457, p. 167.

Convention sur l'intervention en haute mer en cas d'accident pouvant entraîner une pollution par hydrocarbure, signée à Bruxelles le 29 novembre 1969, entrée en vigueur le 6 mai 1975, RTNU, vol. 970.

Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, signée à Lugano, le 21 juin 1993, (non entrée en vigueur), STE, n°150.

Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, adoptée le 29 novembre 1971, entrée en vigueur le 1 septembre 1972, RTNU, vol. 961.

Convention sur la sûreté nucléaire, adoptée à Vienne le 20 septembre 1994, entrée en vigueur le 24 octobre 1996, RTNU, vol. 1963.

Protocole portant modification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929, signée à La Haye le 28 septembre 1955, entré en vigueur 30 septembre 1963, RTNU, vol. 478.

Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels, signée à Kiev le 21 mai 2003, non entré en vigueur, non référencé au RTNU.

Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques, signée à Montréal le 29 janvier 2000, entrée en vigueur le 11 septembre 2003, RTNU, vol. 2226, p. 208.

Documents des Nations Unies

Assemblée Générale des Nations Unies

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, 12 août 1992, A/CONF.151/26 (vol. I)

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique*, 19 décembre 1966, A/RES/2222(XXI).

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Résolution du 19 décembre 1977*, A/RES/3251.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Résolution du 6 décembre 2007*, A/RES/62/68.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Résolution du 10 janvier 2010*, A/RES/65/28.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Résolution du 18 décembre 2013*, A/RES/68/114.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Résolution du 30 décembre 2019*, A/RES/74/189.

NATIONS UNIES, « Glossaire des termes relatifs aux formalités se rapportant au traité ». Disponible sur le site treaties.un.org

NATIONS UNIES, *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, Doc. NU A/CONF.48/14 /Rev. 1.

NATIONS UNIES, *Documents de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, première session, Vienne, 26 mars-24 mars 1968, A/CONF. 39/11, 326 p.

NATIONS UNIES, *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités internationaux multilatéraux*, préparé par la Section des traités du bureau des affaires juridiques, 1999, LEG/7/Rev.1, 159 p.

NATIONS UNIES, *Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination sur les travaux de sa dixième réunion*, Carthagène, 2011, UNEP/CHW.10/28, chapitre III A.

NATIONS UNIES, *Recueil des clauses finales des traités multilatéraux*, préparé par la Section des traités du Bureau des affaires juridiques, 2006, 144 p.

Commission du droit international

CDI, « Report of the Law of treaties by Hersh LAUTERPRACHT », *ACDI*, 1953, vol. II.

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la quatorzième session », *ACDI*, 1962, vol. II.

CDI, « Premier rapport par Sir Humphrey WALDOCK », *ACDI*, 1962, A/CN.4/144.

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa seizième session », *ACDI*, 1964, vol. II, A/5809.

CDI, « Troisième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey WALDOCK », *ACDI*, 1964, vol. II, A/CN.4/186.

CDI, « Comptes rendus analytiques de la seizième session », *ACDI*, 1964, vol. I.

CDI, « Déclaration de M. Castrèn à la 752 séance de la Commission », *ACDI*, 1964, vol. I.

CDI, « Sixième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey WALDOCK », *ACDI*, 1966, vol. II, A/CN.4/186.

CDI, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *ACDI*, 1966, vol. II.

CDI, « Compte rendu analytique de la dix-huitième session », *ACDI*, 1966, vol. I.

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session », *ACDI*, 1966, vol. II.

CDI, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats par Robert AGO », *ACDI*, 1970, vol. II.

CDI, « Compte-rendu analytiques de la vingt-cinquième session », *ACDI*, 1973, vol. I.

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-cinquième session », *ACDI*, 1973, vol. II.

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-septième session », *ACDI*, 1975, vol. II.

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-troisième session », *ACDI*, 1981, vol. II, (2).

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-neuvième session », *ACDI*, 1987, vol. II(1).

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarantième session », *ACDI*, 1988, vol. II(2) .

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-et-unième session », *ACDI*, 1989, vol. II(2) .

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session », *ACDI*, 1990, vol.II (1)

CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session », *ACDI*, 1991, vol II(1).

- CDI, « Compte rendu analytique des séances de la quarante-troisième session », *ACDI*, 1991, Vol. I.
- CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session », *ACDI*, 1992, vol.II (2)
- CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session », *ACDI*, 1993, vol. II(2).
- CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session », *ACDI*, 1995, vol. II(2).
- CDI, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (1996) », *A/CN.4/479*, 1997.
- CDI, « Rapport de la Commission du droit internationale sur les travaux de sa cinquante-cinquième session », *ACDI*, 2003, vol. II(2).
- CDI, « Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1978, vol. II (2).
- CDI, « Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Robert Quentin-Baxter », *ACDI*, 1980, vol. II(1), doc. *A/CN.4/334*.
- CDI, « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Robert Quentin-Baxter », *ACDI*, 1981, vol. II(1). doc. *A/CN.4/346*.
- CDI, « Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Robert Quentin-Baxter », *ACDI*, 1983, vol. II(1), doc. *A/CN.4/373*.
- CDI, « Quatrième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Robert Quentin-Baxter », *ACDI*, 1984, vol. II(1), doc. *A/CN.4/383*.
- CDI, « Cinquième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Robert Quentin-Baxter », *ACDI*, 1984, vol. II(2) .

- CDI, « Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activité qui ne sont pas interdites par le droit international de Julio Barboza », 1985, Vol. II(1), A/CN.4/394
- CDI, « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1986, vol. II(1).
- CDI, « Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activité qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1987, vol. II (2).
- CDI, « Quatrième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1988, vol. II(1).
- CDI, « Cinquième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1989, vol. II(1).
- CDI, « Sixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1990, vol. II(1)
- CDI, « Septième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1991, vol. II(1).
- CDI, « Huitième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1992, vol. II(1).
- CDI, « Dixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international par Julio Barboza », *ACDI*, 1994, vol. II(1).
- CDI, « Douzième rapport de Julio Barboza sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit par Julio Barboza », *ACDI*, 1996, vol. II(1).

- CDI, « Premier rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao », A/CN.4/531, 2003.
- CDI, « Deuxième rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao », A/CN.4/540, 2004
- CDI, « Étude des régimes de responsabilité ayant traité au sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international" », *ACDI*, 1995, vol. II (1).
- CDI, « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international : Rapport du Groupe de travail », *ACDI*, 1996, vol. II(2).
- CDI, « Étude de la pratique des Etats concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1998, vol. II, *addendum*.
- CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *ACDI*, 2001, vol. II(2).
- CDI, « Projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs », *ACDI*, 2001, vol. II(2).
- CDI, « Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causées par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) », A/CN.4/543, 2004.
- CDI, « Projet de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activité dangereuses et commentaires y relatifs », *ACDI*, 2006, vol II(2).
- CDI, « Projet de principes sur la répartition des pertes en cas d'activités dangereuses », *ACDI*, 2006, vol. II(2).
- CDI, « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs », *ACDI*, 2006, vol. II(2).
- CDI, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI) », *ACDI*, vol.II (2), 2006.

CDI, « Rapport sur les traités dans le temps, en particulier l'accord et pratique ultérieurs par Georg NOLTE », *ACDI*, 2008, vol. II (2), Annexe A.

CDI, « Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités par Georg NOLTE », *A/CN.4/660*, 2013.

CDI, « Deuxième rapport les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités par Georg NOLTE », *A/CN.4/671*, 2014.

CDI, « Troisième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités par Georg NOLTE », *A/CN.4/683*, 2015.

CDI, « Quatrième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités par Georg NOLTE », *Doc. A/CN.4/694*, 2016.

CDI, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », *in Rapport de la Commission du droit international, soixante-dixième session*, 2018, *A/73/10*.

Documents de l'Union européenne

Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, Version consolidée, *JOUE*, C 327, 26 octobre 2012

Traité sur l'Union européenne, *JOUE*, C 326 du 26 octobre 2012.

Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, *JOUE*, C 326, 26 octobre 2012

Directives et Règlements européens

Directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, *JOUE* L26, 31 janvier 2003.

Directive 2004/35/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE*, L 143, 30 avril 2004.

Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), *JOUE*, 17 décembre 2009, L 335.

Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil, *JOUE*, 25 juillet 2012.

Règlement CE n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, *JOUE*, L 174 du 27 juin 2001.

Règlement CE n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *JOUE*, 31 juillet 2007.

Règlement UE n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I bis), *JOUE*, n° L 351, 20 décembre 2012.

Règlement UE 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, *JOUE*, 2 juillet 2019, L 178/1.

Règlement de procédure du tribunal européen pour l'énergie nucléaire : <https://www.oecd-nea.org/law/european-nuclear-tribunal-rules.pdf>

Lois françaises

Loi n° 68-943 du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, *JORF*, 31 octobre 1968.

Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *JORF*, n°20, 24 janvier 1995.

Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (1), *JORF*, n°266, 16 novembre 2001, texte n°1.

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (1), *JORF*, n°66, 19 mars 2003, texte n°1.

Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité nucléaire, *JORF* n°136, 14 juin 2006, texte n°2.

Loi du 7 décembre 2016 modifiant la loi du 22 juillet 1985 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, publié le 14 décembre 2016.

Décret

Décret n° 2012-1248 du 9 novembre 2012 autorisant l'Organisation internationale ITER à créer une installation nucléaire de base dénommée « ITER » sur la commune de Saint-Paul-lez-Durance (Bouches-du-Rhône), *JORF*, n°262, 10 novembre 2012, texte n°14.

Proposition de loi

SÉNAT, « Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », n° 678, 29 juillet 2020.

Documents divers

A

AEEN, « L'intervention de l'État dans la réparation des dommages causés par les installations nucléaires », *Rapport du groupe d'experts du Comité de direction de l'A.E.E.N.*, 4 mars 1958, pp. 4 et ss.

AEN, « Extension of the Technical Scope of the Paris and Vienna Conventions: Fusion Reactors », NEA/LEG/DOC(92)4, 1992.

AEN, « Responsabilités et garanties financières pour les risques liés aux installations de fusion nucléaire », NEA/NLC/DOC (2005)4, 2005.

AEN, « Note du Comité européen des assurances : les risques radiologiques associés aux réacteurs de fusion », NEA/LEG/DOC(91)7, 1991.

AEN, « Liability for risks posed by nuclear fusion installation », NEA/NLC/DOC (2011)3.

AEN, « Nuclear law Committee, Draft Summary Record of the meeting held on 15-16 June 2011 », NEA/SEN/NLC (2011)3, p. 10.

AEN/OCDE, *Convention de Paris – Décisions, Recommandations, Interprétations*, Paris, Ed. OCDE, 1990, 27 p.

AIEA, « Comité permanent de l'AIEA sur la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires », 13-17 avril 1964, IAEA DOC CN-12/SC/9 ; AJNU, 1964.

AIEA, « Commentaire, article par article, sur le projet de Convention établissant des normes internationales *minima* concernant la responsabilité civile en matière de dommages nucléaire », *in*

Actes officiels de la Conférence internationale de Vienne, Vienne, Ed. AIEA, Coll. Juridique de l'AIEA, n° 2, 1964,

AIEA, « The 1988 joint Protocol relating to the application of the Vienna Convention and the Paris Convention, Explanatory text », *IAEA International Law Series*, n°5, 2013, 33 p.

AMAR, L., BORZEIX, A., *AZF : La prise en charge des victimes d'accidents collectifs*, Mission de recherche Droit et Justice, 2006, 267 p.

ASN, *Compte rendu du Séminaire pluraliste sur l'évaluation économique du risque d'accident nucléaire*, 24 octobre 2014, 31 p.

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur par M. François LOOS et M. Jean-Yves LE DÉAUT*, n°3559, 29 janvier 2002, pp. 11 et ss .

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport sur le projet de loi sur la prévention des risques technologiques et naturels et réparation des dommages* par Alain Vénot, partie 1, n°635, 26 février 2003, 213 p.

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (n°2578) relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, par Dominique POTIER, Rapport n°2628, 11 mars 2015, 95 p.

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe présenté M. Phillipe GOSSELIN et Mme Laurence VICHNIEVSKY*, Rapport n°3085, 11 juin 2020, 77 p.

ASSEMBLÉE NATIONALE, « Compte rendu de la séance du vendredi 9 avril 2021 », n°51 A.N. (CR), pp. 3889 et ss.

B

BÉGUIN, T., REBER, J.-M., *Document rendu au nom du Conseil d'État dans le cadre de la consultation sur la Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile*, Neuchâtel, 25 avril 2001.

BLESSIG, E., « Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 433), adoptée par le Sénat, portant réforme de la prescription en matière civile », n°847, AN, 118 p.

C

COMITÉ DE DIRECTION DE L'ÉNERGIE NUCLÉAIRE, « Recommandation concernant la définition des "radioisotopes parvenus au der stade de fabrication », *in* Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, telle qu'amendée », adoptée lors de la 136^{ème} session, 19-20 avril 2018, publiée le 5 mars 2020, NEA/NE (2018)3/FINAL.

COMITÉ DE DIRECTION DE L'ÉNERGIE NUCLÉAIRE, Interprétation du 8 juin 1967, NE/M (67) / 1 *in* OCDE/AEN, *Convention de Paris – Décisions, Recommandations, Interprétations*, Paris, Ed. OCDE, 1990.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome 2") », COM (2003) 427 final, 22 juillet 2003.

COMMISSION EUROPÉENNE, « Commission staff working document - Refit Evaluation of the Environmental Liability Directive accompanying report from the Commission to the European Parliament and to the Council pursuant to Article 18(2) of Directive 2004/35/EC on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage », SWD/2016/01221, 2016, p. 55.

COMMISSION EUROPÉENNE, Décision du Conseil 8 mars 2004 autorisant les États membres qui sont parties contractantes à la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire à ratifier, dans l'intérêt de la Communauté européenne, le protocole portant modification de ladite convention, ou à y adhérer, 2004/294/CE, JO L097, 8 mars 2004.

COMMISSION EUROPÉENNE, Décision du Conseil du 15 juillet 2013 autorisant certains États membres à ratifier le protocole d'amendement de la convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, ou à y adhérer, dans l'intérêt de l'Union européenne, et à faire une déclaration relative à l'application des dispositions internes pertinentes du droit de l'Union, 2013/434/UE, JO L 220, 17 août 2013.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Etude sur la transparence des couts de procédures civile dans l'Union européenne*, Rapport pour la Commission européenne, JLS/2006/C4/007-30-CE-0097604/00-46, 393 p.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre blanc sur la responsabilité environnementale*, COM (2000) 66 du 9 février 2000, JO, C-151 E, 25 juin 2002.

CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE, « Les risques majeurs et l'action publique », Rapport n° 105, 31 décembre 2012, 352 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2005, Responsabilité et socialisation du risque*, Études et document n°56, Paris, La Documentation française, 2005, 400 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *La prise en compte du risque dans la décision publique*, Paris, La Documentation française, 2018, 124 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, « Guide on Article 1 of Protocol 1 to the European Convention of Human Rights », Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2019.

CONSEIL DE L'EUROPE, « Guide sur l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme », Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2019.

CONSEIL DE L'EUROPE, « Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2019.

CONSEIL DE L'EUROPE, « Projet de Convention européenne concernant la protection des eaux douces contre la pollution », Recommandation 555, 1969.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Guide sur l'article 6 - Droit à un procès équitable (volet civil)*, Strasbourg, Ed. Conseil de l'Europe, 2021.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activité dangereuses pour l'environnement*, Lugano, 1993.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Rapport annuel d'activité*, 1999.

COUR DE CASSATION, *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007.

COUR DE CASSATION, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel de 2014, Paris, La Documentation française, 2015.

COUR DES COMPTES, *Les couts de la filière électronucléaire -Rapport public thématique*, janvier 2012, 438 p.

D

D'HAUTEVILLE, A., dir., *La réparation du dommage, Bilan de l'activité des fonds d'indemnisation*, Mission recherche Droit et Justice, 2009, 74 p.

E

ESSIG, P., *Débat national sur les risques industriels*, Rapport au Premier ministre, 2001, 52 p.

EUROPEAN FUSION DEVELOPMENT AGREEMENT, « A conceptual study of commercial fusion power plants, Final Report of the European Fusion Power Plant Conceptual Study », avril 2005, EFDA-RP-RE-5.0.

EUROPEAN FUSION DEVELOPMENT AGREEMENT, « Safety and Environmental Impact of Fusion », avril 2001, EFDA-S-RE-1.

F

FONDS D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE (FIVA), *Quatrième rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement*, 2004-2005.

FONDS D'INDEMNISATIONS DES TRANSFUSÉS ET HÉMOPHILES (FITH), *Rapport annuel d'activité*, 1997-1998.

FONDS D'INDEMNISATIONS DES TRANSFUSÉS ET HÉMOPHILES (FITH), *Rapport annuel d'activité*, 1994-1995.

I

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (IDI), « Le problème intertemporel en droit international public », Wiesbaden, Résolution du 11 août 1975.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (IDI), *Résolution de l'Institut de droit international de Wiesbaden du 11 août 1975*, *Ann. I.D.I.*, 1975, vol. 56, 658 p.

IRSN, *Méthodologie appliquée par l'IRSN pour l'estimation des coûts d'accidents nucléaires en France*, PRP-CRI/SESUC/2013-00261, 2013, 68 p.

ITER, « Les combustibles » disponible sur <https://www.iter.org/fr/sci/fusionfuels>.

« ITER et la sûreté » disponible sur <https://www.iter.org/fr/mach/safety>

ITER « Qu'est-ce qu'un tokamak » : <https://www.iter.org/fr/mach/tokamak>

L

LEPAGE, C., *Rapport de la mission Lepage sur la gouvernance écologique*, remis au Ministère de l'Ecologie, du Développement et de l'Aménagement durables, 1^{er} février 2008, 118 p.

M

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*, Rapport de MAGENDIE, J.-C., au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, 15 juin 2004, 186 p.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, Rapport de AGOSTINI, F., MOLFESSIS, N., remis au garde des Sceaux, 2018, 47 p.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *La prise en charge des victimes d'accidents collectifs, guide méthodologique à l'usage des acteurs de terrain*, novembre 2017. Disponible sur : http://www.justice.gouv.fr/publication/guide_methodo_accidents_collectifs_291117.pdf

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, sous dir. DINTILHAC, J.-P., 2005, 64 p.

N

NORGUET, D., (dir.), *Vers une réforme d'ensemble du droit de la responsabilité civile – Consultation de la Chancellerie*, 2012, 16 p.

NUPEX, « L'énergie nucléaire, Fusion nucléaire » disponible sur <http://www.nupecc.org>

O

OCDE, Document NEA/NE(2010)7 concernant le Mandat du Comité sur la période 2011-2016, in OCDE, *Répertoire des organes de l'OCDE*, Paris, Ed. OCDE, 2012. Disponible : https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_21472/nuclear-law-committee-nlc.

OCDE, *Statut de l'Agence de l'OCDE pour l'Énergie nucléaire tel tels qu'amendés par les Décisions du Conseil*, C(77)183(Final), C(92)220 et C(95)157/FINAL.

OCDE, Document NEA/NE (2010)7 concernant le Mandat du Comité sur la période 2011-2016 in OCDE, *Répertoire des organes de l'OCDE*, Paris, Ed. OCDE, 2012, p. 581.

R

ROYAL COMMISSION ON CIVIL LIABILITY AND COMPENSATION FOR PERSONAL INJURY, *Report presented to Parliament by Command of Her Majesty*, vol. 1, Her Majesty's Stationary Office, Londres, mars 1978.

U

UNDP, « The human consequences of the Chernobyl nuclear accident. A strategy of recovery », New York, Rapport, 2002, 78 p.

W

WIDMER, P., WESSNER, P., *Révision et unification de la responsabilité civile*, Rapport explicatif, Berne, 2000, 411 p.

Textes explicatifs des conventions

Exposé des motifs de la Convention de Paris (telle que modifiée par les Protocoles de 1964, 1982, 2004), NEA/NLC/DOC(2020)1

Texte révisé de l'Exposé des motifs de la Convention de Paris (1982), approuvé par le Conseil de l'OCDE le 16 novembre 1982

INLEX : *The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage . Explanatory Texts*. IAEA, International Law Series n°3, 2017, 156 p.

Acte final de la conférence sur la révision de la Convention de Paris et de la Convention complémentaire de Bruxelles (Rapport explicatif), Paris, 12 février 2004. Disponible sur : <https://www.oecd-nea.org/law/final-act-conference-revision-pc-bc.pdf>

Textes juridiques

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Second*, 1979.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement Third of Torts : Liability for Physical and Emotional Harm*, 2005.

Convention nationale pour l'indemnisation des victimes de l'explosion de l'usine AZF-Grande Paroisse/Groupe Total-Final-Elf du 31 octobre 2001

Presse

BONNEFOI, F., « Porto, le cheval enseveli à Gardanne est mort », *La Provence*, éd. du 15 janvier 2020.

Disponible sur : <https://www.laprovence.com/article/societe/5845776/porto-le-cheval-enseveli-a-gardanne-est-mort.html>

INDEX THÉMATIQUE

Les nombres renvoient aux numéros de paragraphe

Actions de groupe	894, 954 et ss.
Assurance directe	531 et ss., 558 et ss, 575 et ss.
Assurance de responsabilité	438 et ss., 522 et ss., 534, 572, 661
AZF	588 et ss.
Béryllium	415 et ss., 720
Canalisation- Responsabilité exclusive	275 et ss.
Canalisation édulcorée	863, 931, 943 et ss.
Causalité	377 et ss., 721 et ss.
Compétence de juridiction	325 et ss.
Conflit de lois	371, 822, 891,
Dommmages nucléaires	53 et ss., 348, 365 et ss., 422 et ss., 483 et ss.
Dommmages transfrontières	629 et ss.
Faute lourde	596 et ss.,
Fonction préventive	513 et ss., 673 et ss.
Fonction réparatrice	510, 545, 557, 566 et ss., 662
Fonds d'indemnisation	537 et ss.
Impératifs budgétaires	689 et ss.
Installations classées	528, 585 et ss.
Instruction civile	906 et ss.
Intérêts protégés	711 et ss.
Interprétation systémique	178, 193
Interprétation évolutive	163 et ss.
Interprétation textuelle	60

Interprétation téléologique	195 et ss.
Objet et but (traité)	189 et ss., 198 et ss.
Obligation d'agir	600 et ss
Ordre public	602 et ss,738
Travaux publics,Ouvrages publics	813 et ss.
Prescription, Délai butoir	875 et ss.
Pool d'exploitants	442 et ss.
Préjudice, préjudice réparable	715 et ss.,727 et ss., 881 et ss.
Projet CATALA	681, 740, 759 et ss., 832 et ss.
Projet TERRE	681, 725, 740, 759
Procédure d'amendement	130 et ss., 143, 154 et ss.
Quantum de responsabilité	420 et ss.,434 et ss., 473 et ss.
Règlement de Bruxelles	346
Règlement de Rome II	348, 894, 902 et ss.
Réparation complémentaire	121 et ss., 321 et ss.
Réparation intégrale	365, 482, 685 et ss., 707 et ss.
Responsabilité du fait des choses	28, 739 et ss.
Responsabilité même sans illicéité	617 et ss., 627
Risque incertain	768 et ss.
Risque anormal	753 et ss., 779 et ss.
Société mère	827 et ss.
Terme générique	174 et ss.
Théorie du risque	259 et ss.
Traité loi	206 et ss.
Traité contrat	207 et ss.
Transaction	522 et ss., 573 et ss.

Troubles de voisinage	29
Unicité de juridiction	329 et ss.
Utilité sociale	701 et ss.
Victimes étrangères	329, 353 et ss.
Victimes tardives	967 et ss.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	XIV
<i>Mode de citation des conventions sur la responsabilité civile nucléaire</i>	<i>xv</i>
Introduction générale	1
Section 1. L'objet et l'intérêt de la recherche	4
§ 1. Un procédé scientifique inédit : les activités de fusion nucléaire.....	4
A.L'émergence des activités de fusion nucléaire	5
B.Les spécificités des activités de fusion nucléaire	7
§ 2. Une difficulté juridique corrélative : la réparation du dommage nucléaire de fusion.....	10
A.La singularité du régime de responsabilité civile nucléaire.....	12
1.Un régime inscrit dans le droit nucléaire.....	14
2.Un régime caractéristique du droit nucléaire	16
a.Un régime empreint de la finalité du droit nucléaire	16
b.Un régime empreint de la méthode du droit nucléaire	19
B.L'exclusivité du régime international de responsabilité civile nucléaire	23
1.Un étiolement juridique conduisant à l'exclusion du risque nucléaire de fusion	25
a. L'exclusion du risque de fusion dans les textes de droit international	26
b.L'exclusion du risque nucléaire de fusion dans les textes de droit français	31
2.Un étiolement juridique aboutissant à une réception insuffisante du dommage de fusion.....	35
a.Des solutions juridiques conjoncturellement insuffisantes	37
b.Des solutions juridiques techniquement insuffisantes.....	41
Section 2. Le traitement de la question au fondement de la recherche	46
§ 1. La problématisation du sujet.....	46
§ 2. Le traitement méthodologique de la problématique.....	50
A.Une mobilisation finaliste et pragmatique du droit	50
B.Une mobilisation encadrée du pluralisme juridique	51
§ 3. La formulation de la thèse et l'exposé du plan	53
PREMIÈRE PARTIE : L'EXTENSION : L'INTÉGRATION DES ACTIVITÉS DE FUSION DANS LE RÉGIME CONVENTIONNEL DE RESPONSABILITÉ CIVILE NUCLÉAIRE	55
TITRE I : UNE INTÉGRATION FORMELLE CONDITIONNÉE	61
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : L'EXCLUSION FORMELLE DES ACTIVITÉS DE FUSION	63
Section 1. L'exclusion des activités de fusion par les conventions princeps	63
§ 1. Le champ d'application <i>ratione materiae</i> de la Convention de Paris.....	63
A.La définition conventionnelle d'une <i>installation nucléaire</i>	64
B. La définition conventionnelle de <i>substances nucléaires</i>	66
§ 2. Le champ d'application <i>ratione materiae</i> des Conventions de Vienne.....	68
A. La définition conventionnelle de l' <i>installation nucléaire</i>	69
B. La définition conventionnelle de <i>matière nucléaire</i>	69
Section 2. L'exclusion de l'installation ITER par les conventions princeps	71
§ 1. La teneur du débat portant sur l'appréciation du tritium utilisé par ITER	71
§ 2. L'appréciation du débat portant sur l'appréciation du tritium utilisé par ITER	72

A. Un radioisotope susceptible d'être utilisé à « des fins scientifiques » ?	72
B. Un radioisotope ayant atteint le dernier stade de fabrication ?	74
CHAPITRE 1 : L'INTÉGRATION PAR LA VOIE DE L'AMENDEMENT.....	77
<i>Section 1. Les amendements conventionnels nécessaires</i>	<i>78</i>
§ 1. Les ensembles conventionnels <i>princeps</i>	79
A. L'ensemble conventionnel « Paris-Bruxelles ».....	79
1. La Convention de Paris.....	79
a. Une modification insuffisante de la définition d'installation nucléaire	80
b. Une modification complexe de la définition de combustibles nucléaires.....	82
2. La Convention complémentaire de Bruxelles.....	84
B. Le régime conventionnel de Vienne	85
1. L'insuffisance bis de la modification de la définition d'installation nucléaire	85
a. Les limites de la Convention de Vienne de 1963	86
b. L'apport du Protocole de 1997.....	87
2. L'ambivalence de la modification de la définition de combustible nucléaire	88
a. Les limites de la Convention de Vienne de 1963	89
b. L'apport du Protocole de 1997.....	92
§ 2. Les instruments conventionnels annexes	93
A. Le Protocole commun	93
1. Une intégration textuellement aisée	95
2. Une intégration possiblement délétère.....	96
B. La Convention sur la réparation complémentaire.....	97
1. Une intégration mécanique dans le « corps » du texte	99
2. Une intégration facilitée dans l'Annexe de la Convention.....	100
<i>Section 2. Les procédures conventionnelles mobilisables</i>	<i>101</i>
§ 1. La clause d'amendement de la Convention de Paris.....	103
A. Une phase préparatoire aboutie	104
B. Une phase d'adoption ambivalente	106
1. Une procédure montrant une flexibilité potentielle	106
2. Une flexibilité montrant des contreparties critiquables	109
§ 2. La clause d'amendement de la Convention de Vienne	112
A. Une phase préparatoire rigoureuse	114
1. Une rigueur tempérée par la subsistance d'un droit à initier l'amendement.....	114
2. Une rigueur ranimée par l'existence d'une compétence liée à poursuivre l'initiative..	116
B. Une phase d'adoption ignorée.....	117
1. Le libre choix de la forme de l'accord portant amendement.....	117
2. L'itération d'un processus d'adoption (trop) flexible	118
CHAPITRE 2 : L'INTÉGRATION PAR LA VOIE DE L'INTERPRÉTATION	123
<i>Section 1. Les justifications d'une (ré)interprétation de la Convention de Paris.....</i>	<i>124</i>
§ 1. Le recours aux moyens textuels	126
A. L'évolutivité intrinsèque du terme <i>réacteur</i>	128
1. Une remise en cause conditionnée du principe de contemporanéité	129
2. Une remise en cause autorisée par le texte de la Convention.....	131
a. La Convention de Paris : un traité pérenne ?.....	131
b. Le terme réacteur : un terme générique ?	132
i. Une notion englobant les termes techniques	132
ii. Une notion impliquant un référent présumé altérable.....	135
B. L'évolutivité extrinsèque du terme <i>réacteur</i>	137
1. L'évolutivité du terme réacteur au regard de son contexte interne	139
a. L'ambivalence du contexte stricto sensu	139

i. <i>L'ambiguïté du dispositif de la Convention de Paris</i>	139
ii. <i>La potentialité du Préambule</i>	141
b. <i>L'ambivalence du contexte lato (- latior) sensu</i>	142
2. <i>L'évolutivité du terme réacteur au regard de son contexte externe</i>	145
§ 2. <i>Le recours aux moyens téléologiques</i>	148
A. <i>La détermination de l'objet et du but de la Convention</i>	149
1. <i>L'appréhension télésubjective de l'objet et du but</i>	150
2. <i>L'appréhension téléobjective de l'objet et du but</i>	151
B. <i>La promotion de l'objet et du but de la Convention</i>	153
1. <i>Une promotion favorisée par la portée normative de la Convention</i>	154
a. <i>L'apport de la qualification de la Convention comme traité-loi</i>	154
b. <i>La relativisation des critiques formulables à l'encontre de la qualification</i>	156
2. <i>Une promotion autorisant une réinterprétation du terme réacteur</i>	159
a. <i>La maximisation de l'effet utile de la Convention</i>	160
b. <i>Une maximisation autorisant une interprétation évolutive</i>	162
<i>Section 2. Les modalités d'une (ré)interprétation de la Convention de Paris</i>	164
§ 1. <i>Une interprétation authentique en vertu du droit international général</i>	166
A. <i>La pratique subséquente comme manifestation d'une volonté évolutive émergente</i>	167
1. <i>Un moyen mis au service d'une construction interprétative authentique</i>	168
2. <i>Une interprétation authentique aux conditions d'existence rigoureuses</i>	172
B. <i>L'accord ultérieur comme inscription d'une volonté évolutive émergée</i>	175
1. <i>Un mode d'interprétation authentique caractérisé par sa visibilité</i>	175
2. <i>Un mode d'interprétation authentique autorisant une flexibilité</i>	177
§ 2. <i>Une interprétation (mi-)authentique en vertu du droit international spécial</i>	180
A. <i>Le Comité de Direction de l'énergie nucléaire</i>	180
1. <i>L'autorité politique des décisions du Comité de Direction</i>	181
2. <i>L'autorité juridique des décisions du Comité de Direction</i>	182
B. <i>Le Tribunal européen pour l'Énergie nucléaire</i>	185
1. <i>Une activité inexistante interrogeant la liberté et l'autorité interprétative du Tribunal</i>	185
2. <i>Une liberté et une autorité interprétative « systémiquement » conditionnée</i>	186
TITRE II : UNE INTÉGRATION SUBSTANTIELLE INADÉQUATE	195
CHAPITRE 1 : LA SPÉCIFICITÉ DE L'ACCIDENT DE FUSION	199
<i>Section 1. L'adaptation de la responsabilité au caractère « accidentel » de l'accident nucléaire</i>	199
§ 1. <i>L'influence du caractère anonyme de l'accident nucléaire sur la nature de la responsabilité</i>	200
A. <i>Une responsabilité même sans faute de l'exploitant nucléaire</i>	201
1. <i>Le risque et la responsabilité même sans faute</i>	201
2. <i>Le risque nucléaire et la responsabilité même sans faute</i>	204
a. <i>L'influence certaine de la théorie du risque sur la désignation du fait générateur</i>	204
b. <i>L'influence relative de la théorie du risque sur la désignation du responsable</i> ...	207
i. <i>Un critère de désignation formel respectueux des droits nationaux</i>	208
ii. <i>Un critère de désignation incluant l'impératif assurantiel</i>	209
B. <i>Une responsabilité même sans faute exclusive de l'exploitant</i>	210
1. <i>Les sources de la consécration conventionnelle de la responsabilité exclusive</i>	212
a. <i>Une pratique américaine : la canalisation économique</i>	212
b. <i>L'application européenne : la naissance de la canalisation juridique</i>	213
2. <i>Les tentatives de théorisation de la responsabilité exclusive</i>	215

§ 2. L'incidence de l'accident de fusion sur le maintien d'une responsabilité <i>même sans faute</i> canalisée	218
.....	218
A. L'adéquation de la responsabilité <i>même sans faute</i> à l'accident de fusion	219
1. L'indifférence du caractère catastrophique de l'accident	219
a. Le glissement sémantique de l'accident vers la catastrophe	219
b. L'absence supposée d'accident « catastrophique » en matière de fusion nucléaire	221
2. La pertinence du caractère complexe et incertain des causes de l'accident	223
B. L'adaptation de la responsabilité exclusive à l'accident de fusion	225
1. Les critiques contemporaines à l'encontre de la responsabilité exclusive	225
a. Une volonté de responsabilisation des acteurs du secteur nucléaire	226
b. Une remise en cause de ses justifications initiales	228
2. Les justifications contemporaines de la responsabilité exclusive	229
a. L'opportunité d'une application anachronique du principe	229
b. L'ambivalence de la responsabilisation des acteurs du nucléaire	230
Section 2. L'adaptation de la responsabilité au caractère transfrontière de l'accident	233
§ 1. L'influence du caractère transfrontière de l'accident nucléaire sur la mise en œuvre de la responsabilité	234
A. Une internationalisation croissante de la responsabilité	236
1. Le champ d'application <i>ratione loci</i> initial du régime conventionnel	236
2. Le champ d'application <i>ratione loci</i> ex post Tchernobyl du régime conventionnel	237
a. Une modification per se des conventions princeps	237
i. Le Protocole de 1997 : un élargissement conditionné de la Convention de Vienne	237
ii. Le Protocole de 2004 : un élargissement exhaustif à la Convention de Paris	240
b. Une modification per alter des conventions princeps	241
B. Une centralisation de la mise en œuvre de la responsabilité	243
1. « Un sinistre atomique = un responsable et un tribunal compétent »	244
a. Une compétence <i>loci delicti commissi</i> de principe	244
b. Une compétence <i>loci delicti commissi</i> discutée	247
2. Un tribunal compétent = un droit national subsidiairement applicable	249
a. Les critiques à l'encontre de la <i>lex fori</i>	250
b. Un renvoi complexe à la <i>lex fori</i>	251
§ 2. L'incidence de l'accident de fusion sur le maintien d'une responsabilité internationalisée à la mise en œuvre centralisée	254
A. Un risque subsistant d'accident transfrontalier	256
1. Un risque subsistant d'accident transfrontalier conjoncturel	256
2. Une suffisance du droit international privé de « droit commun » ?	257
a. La détermination du tribunal compétent	257
b. La détermination de la loi applicable	261
B. Un risque subsistant d'accident transnational	263
1. L'existence d'un risque transnational	263
a. Les victimes étrangères	264
b. Les responsables étrangers	265
2. L'existence d'un risque « transfrontière »	266
CHAPITRE 2 : LA SPÉCIFICITÉ DES DOMMAGES DE FUSION	271
Section 1. L'adaptation de la responsabilité à la survenance de dommages diffus	271
§1. L'influence du caractère diffus des dommages nucléaires sur l'étendue de la responsabilité	272
A. Une limitation <i>ratione materiae</i> de la responsabilité de l'exploitant	273
1. La définition intrinsèque du dommage nucléaire	274
a. Une définition initialement laconique	274
b. Une nouvelle définition faussement exhaustive	277
i. L'adoption d'une nouvelle définition	277
ii. Le contenu hétérogène de la nouvelle définition	278

2. La définition extrinsèque du dommage nucléaire.....	284
a. Le silence relatif des conventions sur l'établissement du lien de causalité	286
b. Les difficultés liées à l'application du droit commun de la causalité.....	288
i. <i>Les difficultés classiques de l'établissement du lien de causalité</i>	288
ii. <i>Des difficultés accrues de l'établissement du lien de causalité</i>	290
B. Une limitation <i>ratione temporis</i> de la responsabilité.....	294
1. La consécration conventionnelle de la limitation	294
a. La justification du principe	295
b. La définition du principe.....	296
2. La formulation conventionnelle de la limitation	297
§ 2. L'incidence des dommages de fusion sur le maintien des limites temporelles et matérielles de la responsabilité de l'exploitant	300
A. Le risque radiologique de l'exploitation de la fusion.....	301
1. Le risque radiologique du tritium	301
2. Le risque radiologique des activités de fusion.....	303
B. La détermination du dommage de fusion.....	305
1. Une adéquation ambivalente de la définition du dommage nucléaire	305
a. La définition intrinsèque du dommage nucléaire	306
b. La définition extrinsèque du dommage nucléaire	306
i. <i>Un risque d'incertitude causale surmontable</i>	307
ii. <i>Une détermination complexe du risque caractérisé</i>	308
2. Une adéquation conditionnée de la limitation <i>ratione temporis</i>	309
Section 2. <i>L'adaptation de la responsabilité à l'existence de dommages coûteux</i>	311
§ 1. L'influence du caractère coûteux des dommages nucléaires sur l'effectivité de la réparation.....	312
A. La limitation du <i>quantum</i> de la responsabilité	314
1. Le principe : un « patrimoine nucléaire » par accident	314
a. Le critère de l'affectation du patrimoine nucléaire	315
b. Les critères de circonscription du patrimoine nucléaire	316
i. <i>La convention de Paris : un plafond de réparation</i>	317
ii. <i>La convention de Vienne : un plancher de réparation</i>	318
2. Le corollaire : un patrimoine nucléaire garanti	320
a. Une fonction naturelle de l'assurance	320
i. <i>Une organisation concentrée de la couverture du risque nucléaire</i>	322
ii. <i>Une organisation concentrée mise en difficulté par le Protocole de 2004</i>	324
b. Une fonction résiduelle de l'État « hôte »	328
B. L'intervention accessoire de l'État hôte	330
1. Une intervention aux justifications discutées	331
a. Les débats contemporains à l'adoption des conventions	331
b. Une relecture des débats au prisme du droit administratif français	334
i. <i>Une comparaison opportune avec le droit des ouvrages publics</i>	335
ii. <i>Une comparaison avec le droit des ouvrages publics à l'opportunité limitée</i>	338
2. Une intervention aux justifications changeantes	340
a. L'intervention de l'État comme débiteur subsidiaire de la réparation.....	340
i. <i>L'intervention de l'État en cas de défaillance de la garantie financière</i>	340
ii. <i>L'intervention de l'État en cas d'insuffisance de garantie financière</i>	342
b. L'intervention de l'État comme débiteur principal de l'indemnisation.....	342
C. L'intervention organisée des États tiers	343
1. L'expérience de solidarité régionale de la Convention de Bruxelles.....	344
2. L'expérience de solidarité internationale de la Convention sur la réparation complémentaire	346
§ 2. L'incidence des dommages de fusion sur le maintien d'un <i>quantum</i> de responsabilité	348
A. L'opportunité du maintien d'un « patrimoine nucléaire »	349
1. La théorisation du débat sur la limitation du quantum la responsabilité	349
a. Les arguments tenus à l'encontre de la responsabilité limitée	350
i. <i>Les arguments d'ordre économique</i>	350

ii. <i>Les considérations relatives aux victimes</i>	352
b. Les arguments tenus à l'encontre d'une responsabilité illimitée	354
i. <i>Le caractère illusoire de la responsabilité illimitée de l'exploitant</i>	355
ii. <i>Le caractère pressant de la responsabilité limitée de l'exploitant</i>	357
2. La portée du débat sur l'exploitation de la fusion	360
B. L'inadaptabilité de la limitation : la réduction du « patrimoine nucléaire »	361
1. Le coût potentiel d'un accident nucléaire de fusion	362
a. La pluralité des méthodes d'évaluation	362
b. L'incertitude de la méthode des systèmes de réparation	363
2. Les montants réduits des conventions	365
CONCLUSION DU TITRE II	371
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	375

SECONDE PARTIE : LE DÉPASSEMENT : L'APPLICATION AUX ACTIVITÉS DE FUSION D'UNE RÈGLE DE RESPONSABILITÉ CIVILE DU FAIT DES ACTIVITÉS À RISQUE 379

TITRE I : LES ENJEUX D'UNE RÈGLE DE RESPONSABILITÉ DU FAIT DES ACTIVITÉS À RISQUE 387

CHAPITRE 1 : LES APPORTS DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ	389
Section 1. <i>Une mobilisation opportune des fonctions de la responsabilité civile</i>	391
§ 1. La fonction prophylactique d'une règle de responsabilité <i>même sans faute</i>	392
A. La dimension préventive forte de la responsabilité <i>même sans faute</i>	394
1. L'incitation à la prévention de la responsabilité même sans faute	395
2. L'incitation à la prévention de la responsabilité même assurée	398
a. La prévention résultant de l'opération d'assurance	400
b. La prévention résultant des mécanismes assurantiels	401
B. La dimension préventive inexistante des mécanismes concurrents	404
1. L'insuffisance du recours à l'assurance directe	404
a. Une logique intrinsèque étrangère à toute fonction préventive	405
b. Une logique extrinsèque obstruant toute fonction préventive	407
2. L'insuffisance du recours à un fonds d'indemnisation	409
a. L'hypothèse d'un fonds d'indemnisation des victimes d'activités à risque	410
b. Les faiblesses d'un fonds d'indemnisation des victimes d'activités à risque	411
§ 2. La fonction réparatrice d'une règle de responsabilité <i>même sans faute</i>	416
A. Le droit à réparation résultant de la responsabilité <i>même sans faute</i>	418
1. L'indifférence du droit à réparation sur l'établissement de la règle	418
a. La portée relative de la protection constitutionnelle de la responsabilité	420
b. La portée relative de la protection européenne de la responsabilité	421
2. L'influence de la règle établie sur l'effectivité d'un droit à réparation	423
a. L'insuffisance collationnée de l'assurance directe à garantir l'indemnisation	424
b. L'ambivalence collationnée d'un fonds d'indemnisation à garantir l'indemnisation	427
i. <i>L'établissement lex ferenda de conditions propres à garantir l'indemnisation</i>	428
ii. <i>Le rapprochement conséquent du fonds avec une règle de responsabilité</i>	430
B. La réparation morale résultant de la responsabilité <i>même sans faute</i>	431
1. La catharsis induite par la mise en œuvre de la responsabilité	432
a. La dimension cathartique de la responsabilité même sans faute	432
b. La préservation cathartique de la responsabilité même assurée	435
2. La vindicte induite par le recours aux mécanismes d'indemnisation	438
a. L'absence de réponse aux besoins moraux des victimes	438
b. Le risque conséquent de dérive vindicative	442

Section 2. Un renforcement corollaire des responsabilités étatiques.....	446
§ 1. Une consolidation de la responsabilité administrative du fait des activités à risque.....	448
A. Un secteur sujet à une appréhension oscillante de la carence fautive	450
a. Le contexte lato sensu de l'affaire AZF.....	452
i. La définition de la faute administrative	452
ii. La réglementation sur les installations classées	454
b. Le contexte stricto sensu de l'affaire AZF	457
a. Une versatilité expliquée par l'appréciation du standard de la faute	458
b. Une versatilité justifiée par l'appréciation des obligations en cause.....	461
B. Un secteur motivant une relecture de l'obligation d'agir de l'administration.....	467
1. L'évolution de l'obligation jurisprudentielle d'agir.....	468
a. La lecture initiale de l'obligation jurisprudentielle d'agir	468
b. Le relai équivoque de l'obligation jurisprudentielle d'agir	470
2. La réaffirmation de l'obligation jurisprudentielle d'agir	473
§ 2. Une contribution au développement du droit international du fait des activités à risque	477
A. L'appel à une responsabilité même sans illicéité du fait des activités à risque	480
1. Les obstacles pratiques à la responsabilité internationale même sans illicéité	481
a. Une responsabilité en contradiction avec la jurisprudence internationale.....	483
b. Une responsabilité en contradiction avec la pratique étatique	487
i. L'exceptionnalité de la pratique conventionnelle.....	488
ii. La réalité de la pratique étatique non-conventionnelle.....	492
2. Les obstacles théoriques du problème	495
a. Les limites de la responsabilité même sans illicéité stricto sensu	496
i. La détermination du fait générateur	497
ii. La détermination du lien d'imputation	499
b. Les limites de la responsabilité même sans illicéité lato sensu	503
B. Le traitement de la responsabilité même sans illicéité du fait des activités à risque.....	505
1. La « quête » vaine d'une responsabilité même sans illicéité de l'État.....	506
a. Le continuum prévention-réparation : vecteur d'une réparation négociée.....	507
i. Les justifications initiales du continuum prévention-réparation	507
ii. Un durcissement du continuum prévention-réparation.....	511
b. Un continuum prévention-réparation dysfonctionnel.....	513
2. Le renoncement bienvenu à la responsabilité même sans illicéité des États.....	516
a. Le report de la responsabilité sur les exploitants d'activités à risque	516
b. Le report de l'établissement de la règle de responsabilité sur les droits internes	519
CHAPITRE 2 : LES CONTRAINTES DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ	525
Section 1. Les exigences dominant la garantie de la réparation.....	526
§ 1. L'ambivalence per se du recours à l'assurance obligatoire	527
A. Les avantages de l'obligation d'assurance.....	527
1. Une obligation influençant le mécanisme assurantiel	527
2. Une obligation influençant la responsabilité des exploitants.....	528
B. Les limites de l'obligation d'assurance	530
§ 2. Les contreparties du recours à l'assurance obligatoire	533
A. Une contrepartie discutable : l'établissement d'une responsabilité canalisée	533
1. L'intérêt du principe de canalisation.....	534
2. Les limites du principe de canalisation.....	535
B. L'identification préalable stricte des activités concernées.....	536
1. Une conséquence contingente de l'obligation d'assurance.....	538
2. Une conséquence paradoxale de la ratio legis de la règle de responsabilité.....	539
Section 2. Les exigences dominant l'étendue de la réparation	543
§ 1. La rigueur constatée du principe de réparation intégrale	545
A. La rigueur du principe au prisme des impératifs budgétaires	547
1. L'opportunité in casu d'une prise en compte des impératifs budgétaires	548

2. L'opportunité in globo de la prise en considération des impératifs budgétaires	551
B. La rigueur du principe au prisme de l'impératif d'équilibre	552
1. L'équilibre général intrinsèque de la règle de responsabilité	553
2. L'équilibre spécifique disparate de la règle de responsabilité	555
a. La pertinence du critère de l'utilité sociale de l'activité à risque	555
b. L'application délicate du critère de l'utilité sociale de l'activité	557
§ 2. La rigueur tempérée du principe de réparation intégrale	560
A. Les modalités d'une limitation <i>ratione materiae</i> de la réparation.....	561
1. Les outils substantiels de la limitation.....	562
a. Une détermination des préjudices réparables.....	563
i. <i>Une limitation des intérêts protégés par la règle de responsabilité</i>	564
ii. Une détermination délicate des préjudices réparables	566
b. Une détermination des dommages réparables	571
i. <i>L'exigence de la réalisation d'un risque primaire</i>	572
ii. <i>L'exigence de la réalisation d'un risque anormal caractéristique</i>	574
2. Les contreparties procédurales de la limitation	575
B. Les obstacles à une limitation <i>ratione materiae</i> de la réparation	577
1. L'articulation de la règle avec les autres règles de responsabilité civile	578
a. L'articulation de la règle avec les régimes spéciaux	579
b. L'articulation entre la règle de responsabilité et les règles de droit commun.....	582
i. <i>L'articulation de la règle avec la responsabilité pour faute</i>	584
ii. <i>L'articulation de la règle de responsabilité avec la responsabilité du fait des choses</i>	585
2. L'articulation de la règle avec la responsabilité administrative	589
CONCLUSION DU TITRE I.....	593
TITRE II : LA FORMULATION DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ	597
CHAPITRE 1 : LA FORMULATION STRICTO SENSU DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ	601
<i>Section 1. La réalisation d'un risque anormal caractérisant une activité</i>	603
§ 1. La mobilisation de la notion-cadre d'activité à risque.....	605
A. L'intérêt du recours à la notion-cadre d'activité à risque	605
1. L'intérêt du recours à une notion-cadre	605
2. L'intérêt de recourir à la notion cadre d'activité à risque.....	606
a. L'intérêt de recourir à la notion d'activité	607
b. L'intérêt de recourir à la notion d'activité à risque.	608
B. Les enjeux du recours à la notion cadre d'activité à risque.....	611
1. Une notion-cadre centrant la qualification sur le fait générateur.....	611
2. Une notion-cadre autorisant l'appréhension du risque incertain	613
a. L'exclusion du risque indécélable.....	614
b. L'inclusion du risque incertain	617
§2. La formulation de la notion-cadre d'activité à risque	620
A. La formulation par le prisme du risque anormal caractérisant l'activité.....	620
1. La délimitation du risque anormal : le seuil de dangerosité	620
2. L'identification du risque anormal : les critères de dangerosité.....	623
a. L'identification sommaire par l'établissement d'un critère objectif.....	623
i. <i>L'inadéquation des seuls éléments de définition du risque</i>	624
ii. <i>Une compréhension adéquate des éléments de définition du risque</i>	628
b. L'identification approfondie du risque par des indices non exhaustifs.....	630
i. <i>Les indices prioritaires et endogènes à l'activité.</i>	630
ii. <i>Les indices secondaires et exogènes à l'activité.</i>	631
c. L'identification induite par un recours résiduel à l'analogie	633
B. L'appréhension de l'activité caractérisée par le risque anormal.....	635
1. L'ambivalence du critère relatif à la pratique commune de l'activité	635
2. L'ambivalence des fins poursuivies par l'activité.....	637

Section 2. L'imputation de la réalisation du risque anormal à l'exploitant de l'activité	641
§ 1. La définition <i>ratione personae</i> de l'exploitation	643
A. L'inclusion de la « personne publique » exploitante	644
1. L'application de la règle aux activités administratives à risque	645
a. Une application justifiée de la règle de responsabilité du fait des activités à risque .	645
.....	645
i. <i>Les activités à risque : révélatrice des insuffisances de la responsabilité administrative</i>	645
ii. <i>Les activités à risque : révélatrice de l'incohérence de la responsabilité administrative</i>	650
b. Une application autorisée de la règle de responsabilité du fait des activités à risque	654
.....	654
2. L'application de la règle à l'organisation internationale exploitante d'une activité à	657
risque	657
a. L'application incertaine de la règle de responsabilité aux organisations	658
internationales	658
b. L'application incertaine de la règle de responsabilité à ITER Organization	660
B. L'inclusion des sociétés-mères exploitantes	664
1. L'impossible responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales exploitantes ..	665
.....	665
a. Une responsabilité (quasi) inexistante de lege lata	666
b. Une responsabilité inopportune de lege ferenda	667
i. <i>Les limites relatives aux justifications de la responsabilité</i>	669
ii. <i>Les limites relatives aux conséquences de la responsabilité</i>	671
2. La possible responsabilité des sociétés mères exploitant l'activité de leurs filiales	672
a. Une solution admise par le juge français en cas d'exploitation de fait	672
b. Une responsabilité ouvrant la voie à une appréhension matérielle de l'exploitation.	674
.....	674
§ 2. La définition <i>ratione materiae</i> de l'exploitant	675
A. Les prérogatives déterminant l'exploitant	676
B. Des prérogatives déterminant la responsabilité de l'exploitant	678
1. Des prérogatives expliquant la responsabilité de l'exploitant	679
a. Une responsabilité partiellement justifiée par l'exercice des prérogatives	680
i. <i>L'exigence d'un lien causal entre le comportement du responsable et le fait générateur</i>	680
ii. <i>L'insuffisance du lien causal entre l'exercice des prérogatives et la réalisation du risque</i> .	681
b. L'apport du lien causal entre l'acceptation des prérogatives et la réalisation du	686
risque	686
2. Des prérogatives circonscrivant la responsabilité de l'exploitant	688
a. La responsabilité de l'exploitant pour les faits entrant dans sa sphère de maîtrise ...	689
.....	689
i. <i>Une responsabilité de l'exploitant englobant les faits d'autrui</i>	689
ii. <i>Une responsabilité de l'exploitant non exclusive des faits d'autrui</i>	692
b. L'irresponsabilité de l'exploitant pour les faits échappant à sa sphère maîtrise ..	694
CHAPITRE 2 : LA FORMULATION LATO SENSU DE LA RÈGLE DE RESPONSABILITÉ	699
Section 1. <i>Les facteurs qualitatifs affectant la mise en œuvre de la responsabilité</i>	701
§ 1. L'influence du cadre spatio-temporel sur la réception de dommages diffus	702
A. L'influence du facteur temps	702
1. L'influence du facteur temps sur l'extinction de la responsabilité	703
a. L'extinction judiciaire de la responsabilité	704
i. <i>L'adaptabilité des délais de prescription</i>	704
ii. <i>L'incertitude du délai butoir</i>	707
b. L'extinction substantielle de la responsabilité	713
2. L'influence du facteur temps sur l'évolution de la responsabilité	714
B. L'influence du facteur spatial	718
1. L'influence du facteur spatial sur l'application de la règle de responsabilité	719

a. Le risque transfrontière facteur d'inapplicabilité de la règle de responsabilité	719
b. Le risque transfrontière révélateur de l'opportunité de la règle de responsabilité	726
2. L'influence du facteur spatial sur la détermination du tribunal compétent.....	727
a. Des difficultés surgissant dans l'ordre interne	728
b. Des difficultés prégnantes dans l'ordre juridique international	733
§ 2. L'influence de la complexité de l'activité sur l'établissement de(s) responsabilités.....	740
A. L'influence de l'instruction civile sur la gestion du facteur complexe.....	741
1. La potentialité des pouvoirs d'instruction du juge civil.....	742
a. Le double avantage du pouvoir d'instruction du juge civil.....	742
b. La mobilisation opportune du pouvoir d'instruction du juge civil.	744
2. Les limites relatives du pouvoir d'instruction du juge civil.....	746
B. L'influence du facteur complexe sur la consolidation de l'instruction civile	749
1. Un renforcement circonspect du pouvoir d'instruction du juge civil.....	749
a. Un renforcement intrinsèque ambivalent du pouvoir d'instruction du juge civil.....	749
b. Un renforcement extrinsèque opportun des pouvoirs d'instruction du juge civil.....	752
2. Une centralisation opportune du pouvoir d'instruction du juge civil.....	754
a. La participation de l'unicité de juridiction à l'effectivité de l'instruction civile....	754
b. Les limites éventuelles de l'unicité de juridiction sur l'effectivité de l'instruction civile.....	756
<i>Section 2. Les facteurs quantitatifs affectant la mise en œuvre de la responsabilité.....</i>	<i>760</i>
§ 1. Une responsabilité collective : l'organisation de la responsabilité des co-auteurs.....	761
A. Les insuffisances des solutions de droit positif.....	762
1. L'hypothèse d'une mise en cause conjointe des coresponsables.....	764
a. L'avantage d'une assignation initiale par la victime de tous les coauteurs.....	764
b. Les limites de l'assignation initiale par la victime de tous les coauteurs.....	764
2. L'hypothèse d'une mise en cause d'un seul responsable	768
a. L'assignation par la victime du seul exploitant.	768
b. L'assignation par la victime du seul tiers fautif	770
B. L'opportunité d'une canalisation procédurale « édulcorée ».....	771
1. Les modalités d'une canalisation « édulcorée »	772
a. Le principe : une canalisation de l'action en responsabilité vers l'exploitant.....	772
b. Une précision : la non-exclusivité de la responsabilité de l'exploitant.....	773
2. Les tempéraments de la canalisation édulcorée.....	775
§ 2. Un évènement collectif : l'organisation de la réparation des dommages de masse.....	777
A. L'existence de divers modèles d'action de groupe	779
1. Les caractéristiques de l'action de groupe américaine et québécoise	780
2. Les caractéristiques de l'action de groupe française	783
B. L'opportunité d'une action de groupe remodelée.....	786
1. L'accès des victimes immédiates à la procédure.....	787
2. L'accès des victimes tardives à l'action	790
a. Le doute sur l'opt-out et le mécanisme de la réparation collective.....	791
b. La potentialité de l'opt-in et de la réparation individuelle	793
3. L'accès des victimes étrangères à l'action	796
CONCLUSION DU TITRE II	801
CONCLUSION DE LA PARTIE II	804
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	807
BIBLIOGRAPHIE THÉMATIQUE.....	813
<i>Dictionnaires et ouvrages méthodologiques</i>	<i>813</i>
<i>Ouvrages et thèses</i>	<i>814</i>
<i>Recueil des cours de l'Académie de La Haye</i>	<i>847</i>
<i>Articles de périodiques et contributions à des ouvrages collectifs</i>	<i>850</i>
<i>Notices encyclopédiques</i>	<i>917</i>

<i>Documents</i>	924
INDEX THÉMATIQUE.....	941
TABLE DES MATIÈRES.....	945