

## Contentieux du droit international privé pour responsabilité environnementale devant le juge européen : la détermination du droit applicable comme outil de gouvernance globale environnementale

Eduardo Álvarez Armas<sup>1</sup>

### I. - Le thème

Au cours du XXe et du début du XXIe siècle, notre société a immensément évolué en raison des avancées de la science, du commerce, de l'industrie et de la technologie. Cette évolution, même si elle est enrichissante, a eu et a encore un impact profond sur le fragile équilibre naturel de notre planète. Les accidents écologiques dramatiques qui se sont produits au cours des dernières décennies et l'impact de la pollution quotidienne découlant des activités commerciales exercent une pression intense sur les écosystèmes et les ressources naturelles. Cette pression peut constituer une menace pour la vie humaine à long terme. Par conséquent, pendant ladite période, des préoccupations profondes pour les questions environnementales ont commencé à se développer. Le caractère international de ces préoccupations est généralement dû au fait que les menaces à la qualité de l'environnement tendent à être de portée globale, mais aussi spécifiquement au fait que de nombreuses formes de pollution ne connaissent pas de frontière et peuvent se propager facilement d'un pays à l'autre<sup>2</sup>. Ces

---

<sup>1</sup> Lecturer in law à la Brunel University London (Royaume Uni), collaborateur scientifique à l'Université catholique de Louvain, et avocat au Barreau de Santa Cruz de Tenerife (Espagne). Cet article est inspiré de la thèse doctorale de l'auteur, co-dirigée par les Profs. Drs. Marc Fallon (UCLouvain), Sixto Sánchez Lorenzo (Universidad de Granada), et Stéphanie Francq (UCLouvain). L'auteur souhaite exprimer son plus grand remerciement à ses trois co-directeurs, ainsi qu'à M. Pierre Thibaudat, qui a revu le texte de cet article au niveau linguistique. Toute erreur demeure la responsabilité de l'auteur.

<sup>2</sup> Ces idées, sous différentes formulations, peuvent être facilement trouvées dans différents domaines de la littérature académique, allant du droit de l'environnement au droit international privé ou à la gouvernance d'entreprise. *Vid.*, par exemple, J. COLLIER, *The corporate environment—The financial consequences for business*, Hemel Hempsted, Prentice Hall, 1995, p. 4: « *It is worth remembering that environmental pollution does not recognise national boundaries and that ideas for its control should be freely borrowed and tried around the world* ».

En ce qui concerne la dimension mondiale des préoccupations environnementales *vid.*, par exemple, P.-M. DUPUY, « International environmental law: looking at the past to shape the future », in P.-M. DUPUY & J. E. VIÑUALES (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp.1-23, à la p. 10 : « *Moreover, what has become apparent in the last forty years is that environmental problems are by their very essence global. Ecology is by definition the science of interdependence. Likewise, international environmental law is no longer defined by the approximate laying out, or interaction, of state sovereignties on a planet that has become too small and cramped. More than a right of joint ownership, international environmental law has become the responsibility of the whole* ».

*Vid.*, de manière similaire, J. SCHNEIDER, *World public order of the environment: Towards and international ecological law and organization*, London, Stevens & Sons, 1979, p. 3: « *It is today becoming widely recognized that this planet—or, more expansively, the entire earth-space system—is an ecological unity both in the basic scientific sense and in the interdependencies of the social processes by which mankind uses it. The plants, animals (including the homo sapiens), and micro-organisms that inhabit the planet are united with each other and with their non-living surroundings by a network of complex, interrelated, and*

préoccupations trouvent leur origine dans deux développements sociaux reliés qui ont eu lieu au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle : d'une part, le travail de sensibilisation effectué par la communauté scientifique sur le besoin urgent d'actions de protection de l'environnement à l'échelle mondiale<sup>3</sup>. D'autre part, l'élan parallèle gagné dans le monde entier par l'environnementalisme en tant que mouvement social<sup>4</sup>. C'est dans ce contexte que la communauté internationale a pris conscience de la nécessité de disposer d'instruments juridiques nationaux et internationaux visant à protéger l'environnement des dommages causés par les activités humaines. En ce sens, dans cette « *era of unprecedented global capital and human mobility* »<sup>5</sup>, plusieurs tendances juridiques sont apparues, à la fois au niveau national et international, abordant la protection au sens large : la protection comme diverses formes d'action préventive, et la protection comme réparation et indemnisation de dommages *ex post*.

Traditionnellement, peut-être en suivant le proverbe « *mieux vaut prévenir que guérir* », l'objectif principal de l'action législative a été de créer des cadres juridiques tendant à éviter *ex ante* la survenance de dommages environnementaux. Cela peut être dû au fait que, trop souvent, les dommages environnementaux ont tendance à être irréparables<sup>6</sup>. Ces cadres sont principalement constitués de mécanismes légaux contrôlés par des sujets publics, qui reflètent diverses formes de contrôle administratif ou réglementaire des activités privées, de gestion des ressources naturelles, etc.<sup>7</sup> Cela s'est produit à la fois au niveau national et au niveau

---

*interdependent natural and cultural components known as the planetary 'ecosystem,' indivisibly uniting the multitude of subsidiary ecosystems ».*

<sup>3</sup> Ce sentiment d'urgence a également été reflété dans la littérature juridique. Comme énoncé par N. DE SADELEER (« Droits fondamentaux et protection de l'environnement dans l'ordre juridique de l'UE et dans la CEDH », *Revue européenne de droit de la consommation*, num. 2011-1, 2011, pp. 25-51, aux pp. 25-27) : « *Si la protection de l'environnement n'est pas une préoccupation récente, celle-ci a pris, ces dernières années, une acuité nouvelle, marquée par l'urgence de trouver des solutions universelles au réchauffement climatique, à l'érosion de la biodiversité ainsi qu'à l'épuisement des ressources naturelles. Pas un jour ne se passe, en effet, sans que nous ne soyons informés de nouvelles menaces, de risques insoupçonnés, de marées noires, de la disparition d'espèces sauvages, d'incendies ravageurs, de la fonte de glaciers, de smogs troposphériques, de disrupteurs endocriniens... Sorti de sa marginalité, ce sujet est rapidement devenu un enjeu majeur. L'intérêt qu'il suscite tient assurément au fait que la situation est devenue alarmante et risque de s'aggraver si rien d'ambitieux n'est entrepris* ».

Il convient de noter que des déclarations dans un tel sens pouvaient être trouvées dans la littérature académique déjà à la fin des années 1970 : « *It is also becoming widely recognized that this planet is gravely endangered, and that this rapidly accelerating degradation is reaching a point of no return—a cusp at which we may arrive within perhaps fifty years if strong measures are not taken to halt the forces of degradation and reorient many of our basic patterns of resource use* » (J. SCHNEIDER, *World public order of the environment: Towards and international ecological law and organization*, *op. cit.*, p. 4).

<sup>4</sup> M. SHOOP (« Corporate social responsibility and the environment — Our common future », in R. MULLERAT (ed.), *Corporate Social Responsibility – The corporate governance of the 21<sup>st</sup> century*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, pp. 159-182 à la p. 161) place le début d'une telle dynamique entre les années 1960 et 1970.

<sup>5</sup> Comme décrit par U. BAXI, « Mass Torts, Multinational Enterprises Liability and Private International Law », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 276, Leiden, Martinus Nijhoff, 1999, p. 307.

<sup>6</sup> P. BOUREL (« Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé conventionnel : les dommages causés à l'environnement », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 93-108, à la p. 100) parle en termes de « *dommage [...] généralement irréversible* ».

<sup>7</sup> Il est également possible de trouver des instruments juridiques établissant des régimes de compensation a posteriori au profit des administrations publiques. *Vid.*, par exemple, la loi espagnole sur la

international, la tendance à se concentrer sur la prévention *ex ante* étant probablement encore plus nette dans ce dernier cas. Néanmoins, comme mentionné précédemment, outre une action préventive, il existe une approche alternative aux problèmes environnementaux, « née » récemment<sup>8</sup> : une approche compensatoire *ex post* qui met l'accent sur des sujets privés (des pollueurs-sujets privés et des victimes-sujets privés), conduisant à une conceptualisation en coordonnées de droit privé des questions environnementales<sup>9</sup>. Cette tendance implique qu'une situation de dommage environnemental peut être conçue en termes juridiques comme une relation non contractuelle/délictuelle entre parties privées, donnant ainsi lieu à une obligation d'indemnisation/réparation — du dommage par le pollueur<sup>10</sup>. Cette conceptualisation en termes de responsabilité extracontractuelle a peu à peu surgi au niveau national, ainsi que sur le plan international, où elle est même reconnue par les juristes international-publicistes<sup>11</sup>.

---

responsabilité environnementale (Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007, pp. 43229-43250). Cette loi est la transposition espagnole de la directive européenne sur la responsabilité environnementale (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, JO L 143 du 30.4.2004, p. 56).

<sup>8</sup> « Redécouverte » serait probablement un terme plus approprié que « naissance », car les racines de cette conceptualisation peuvent probablement être retrouvées dans le droit romain. Dans ce sens *vid.* F. LLODRÀ GRIMALT, *Lecciones de Derecho Ambiental Civil*, col.leció matèria didàctics 135, Palma, Universitat de les Illes Balears, 2008, p. 21) qui, en ce qui concerne les nuisances liées aux odeurs et aux fumées entre voisins (« *molestias por humos y olores et relaciones de vecindad* »), fait référence au fait que « [aunque] *el desarrollo del Derecho ambiental está gobernado por el aspecto público y administrativo del mismo, no hay que olvidar que el Derecho privado dio las primeras soluciones a los problemas ambientales* ». Elle affirme également (en citant d'autres auteurs comme D. MCGILLIVRAY ET J. WIGHTMAN, et D. LOPERENA ROTA) que « *el papel del Derecho privado en las cuestiones ambientales ha sido retomado, tras un periodo de predominio de la visión del Derecho público, desde una visión económica, en el sentido del rol que los instrumentos económicos pueden jugar en la política ambiental* ». *Vid* dans un sens similaire, A. CABANILLAS SÁNCHEZ (*La reparación de los daños al medioambiente*, Cizur menor, Aranzadi, 1996, p. 39) qui, dans les années 1990, citant G.J. MARTÍN, qualifie de « récente » la prise de conscience du rôle potentiel que la responsabilité civile pourrait jouer dans le respect de l'environnement (« *toma de conciencia reciente del papel de la responsabilidad civil en el ámbito del medio ambiente* »). Cependant, comme la plupart des commentateurs académiques semblent considérer cette approche comme nouvelle, les pages suivantes s'en tiendront à cette conception.

<sup>9</sup> A. CABANILLAS SÁNCHEZ, (*La reparación de los daños al medioambiente*, *op. cit.*, p. 48) se réfère à : « [...] *la reciente construcción del medioambiente, cuya lesión presenta singulares caracteres a los ojos del Derecho privado, tanto en cuanto a la naturaleza de los daños (continuados, sociales, futuros), como en cuanto a los sujetos (indeterminación de los agentes y de los lesionados), como en lo que respecta al concepto de culpa, como en lo relativo a la indemnización (dificultades de reparación in natura o de cuantificación real de los deterioros), como en lo que atañe a las trabas procesales (legitimación para demandar), etcétera* ».

<sup>10</sup> Deux commentaires doivent être faits à cette idée. Le premier a déjà été partiellement introduit *supra* note 7 : La compensation *ex post facto* peut également bénéficier aux sujets publics (les auteurs de délits étant des sujets privés ou publics). Le deuxième commentaire tient au fait que le droit de la responsabilité délictuelle peut également agir *ex ante* lorsqu'il sert de base à une action injonctive/préventive visant à éviter la production de dommages.

<sup>11</sup> *Vid.* I. SEIDL-HOHENVELDERN, « The third world and the protection of the environment », *Estudios de Derecho Internacional—Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 351–630, à la p. 357 : « *After all, according to a generally recognized principle of law, it is the wrongdoer who shall repair the consequences of this wrongful act—and while pollution may not be strictly forbidden in all circumstances, it may well be deemed to come so close to a tortious activity that rules on wrongful acts should play by analogy* ». Cet extrait peut être considéré comme un exemple du processus de réflexion qui a conduit à une conceptualisation des dommages à l'environnement en tant que délits (situations de responsabilité extracontractuelle). Ce processus, comme on le verra, a finalement conduit à la conception

Ainsi, malgré la prééminence évidente de formes d'action légale *ex ante*, au cours des dernières décennies, certains efforts se sont concentrés, tant au niveau national qu'international, sur la réparation *ex post* des dommages subis par des sujets privés : en Europe occidentale, on peut trouver des exemples en ce sens dans les systèmes juridiques de l'Allemagne et de l'Italie<sup>12</sup>. Les efforts législatifs mentionnés ont pris différentes formes au niveau national : ils ont parfois conduit à l'élaboration de dispositions spéciales spécifiques ; dans d'autres cas, ils ont simplement entraîné une reconceptualisation ou une interprétation plus large des règles générales sur la responsabilité extracontractuelle<sup>13</sup>. Au niveau international, ce cadre de raisonnement a conduit à l'implication du droit international privé en matière environnementale.

Le droit international privé peut être défini comme la discipline juridique qui régit les relations juridiques entre sujets de droit privé caractérisées par la présence d'un élément international<sup>14</sup>. Par conséquent, si la conceptualisation compensatoire et axée sur le sujet privé citée ci-dessus s'applique aux situations de dommage environnemental survenant sur la scène internationale, cela implique nécessairement l'intervention du droit international privé. Une telle intervention peut prendre principalement deux formes : la première est l'élaboration de règles matérielles uniformes spécifiques pour ces relations, incorporées dans des conventions internationales. Le domaine des questions environnementales compte plusieurs instruments internationaux établissant des régimes de responsabilité civile matériels. Ces instruments visent à protéger certains aspects spécifiques de l'environnement en canalisant la responsabilité envers certains sujets privés<sup>15</sup>. La deuxième forme d'intervention, qui est la plus courante — si bien que de

---

du droit international privé comme une forme d'intervention juridique dans les cas de dommages environnementaux internationaux.

<sup>12</sup> A. CABANILLAS SANCHEZ, (*La reparación de los daños al medioambiente*, *op. cit.*, pp. 42-44) commente en détail les législations italienne et allemande référées (*Legge 8 juillet 1986, Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale* [n. 349 supplémento ordinario, n. 59 GURI 15 juillet 1986, n. 162], et *Umwelthaftungsgesetz* [von 10. Dezember 1990, BGBl I 1990, 2634]). En ce qui concerne l'Espagne, il explique que : « *En España carecemos de una ley específica que regule la responsabilidad civil por daños al medioambiente. A parte de lo previsto en el Código Civil, sólo hay una ley específica (Ley de 29 de Abril de 1964 reguladora de la energía nuclear) inspirada en el Convenio de Paris de 1960, ratificado por España en 1961* ».

<sup>13</sup> En ce qui concerne les différentes formes que peut prendre le phénomène de la responsabilité civile il est intéressant de souligner que J. SCHNEIDER (*World public order of the environment: Towards and international ecological law and organization*, London, Stevens & Sons, 1979, p. 53) mentionne ce qu'elle appelle « *national substantive transnational regulation* » : « [...] *national substantive legislation itself can be drafted directly to take account of transnational or more broadly international environmental considerations. An illustration might be provided by the US Trans-Alaska Pipeline Act, which has provisions establishing strict liability for damages 'to any person or entity, public or private, including residents of Canada' that results from discharges of oil transported by vessels loading at terminal facilities of the pipeline* ». Une évaluation intéressante de la situation factuelle de la Trans-Alaska Pipeline, ainsi que du régime de responsabilité objective établi peut être trouvée dans A. G. STONE, « *The Trans-Alaska Pipeline and Strict Liability for Oil Pollution Damage* », *Urban Law Annual—Journal of Urban and Contemporary Law*, vol. 9, 1975, pp. 179–201.

<sup>14</sup> *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado* (7<sup>th</sup> ed.), Madrid, Civitas, 2013, p. 24.

<sup>15</sup> *Vid.*, par exemple, la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, adoptée le 29 de novembre 1969 à Bruxelles.

nombreux auteurs identifient cette technique à la notion même de droit international privé<sup>16</sup> — est la méthode dite de conflit de lois ou technique conflictuelle : le monde étant composé d'une pluralité d'ordres juridiques, les relations de droit privé qui sont simultanément liées à plusieurs d'entre eux nécessitent la détermination de la loi applicable aux controverses qui en découlent — et, en amont, la détermination du juge ou tribunal pertinent pour les juger. Ainsi, par le biais de la technique du conflit de lois (notamment à travers des règles dites « de rattachement »), le droit international privé fonctionne comme un outil de coordination juridique entre ordres juridiques nationaux : en ce qui concerne les dommages environnementaux internationaux, la nécessité d'une telle coordination juridique dérive principalement du fait que, si l'on met de côté les conventions relatives à la responsabilité pour les dommages causés à des aspects spécifiques de l'environnement, d'importantes divergences subsistent entre les dispositions des différents régimes nationaux traitant le sujet. Cela rend les enjeux relatifs à la détermination de la loi applicable considérables<sup>17</sup>.

Cependant, au-delà de ce rôle de coordination juridique nécessaire, requis pour permettre l'existence de la réparation/compensation de dommages *ex post facto* au niveau international, le droit international privé pourrait contribuer à améliorer la protection de l'environnement au niveau international : alors que la simple coordination juridique est articulée par des règles de rattachement « classiques », qui sont censées être neutres, ou aveugles aux politiques, il est soutenu que les règles de rattachement dites « à caractère matériel » ou « à finalité matérielle » peuvent soutenir certaines politiques matérielles données sur la scène internationale, telles que

---

<sup>16</sup> Cette conception sous laquelle le droit international privé est simplement considéré comme un *droit de coordination* (c'est-à-dire l'identification du concept de droit international privé à la méthodologie multilatérale dans le conflit de lois), implique une compréhension plutôt étroite de ce qu'est le droit international privé. Fait intéressant, cette conception semble être très présente dans l'esprit des spécialistes d'autres disciplines juridiques. Cependant, la notion de droit international privé utilisée dans ces pages est plus large : elle englobe non seulement la compétence judiciaire internationale, le conflit de lois (méthode multilatérale/règles de rattachement) et les règles sur la reconnaissance et l'exécution, mais aussi les règles matérielles transnationales ou internationales, et les règles de conflit de lois unilatérales (règles d'applicabilité). Un exemple de la « compréhension étroite » mentionnée peut être trouvé, par exemple, dans T. KONO, « Efficiency in Private International Law », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 369, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 361-512, aux pp. 410-444.

<sup>17</sup> *Vid.* M. BOGDAN, « Some Reflections Regarding Environmental Damage and the Rome II Regulation » in G. VENTURINI & S. BARIATTI (eds.), *Nuovi Instrumenti del Diritto Internazionale Privato—Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 96. De plus, cet auteur rétablit l'une des idées déjà mentionnées ci-dessus : « [...] *the fact that environmental damage does not respect national borders* [...] ». Sur l'idée de la grande variété des divers régimes de droit privé susceptibles d'être applicables à un dommage environnemental international donné, *vid.* F. MUNARI & L. SCHIANO DI PEPE (« Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law, and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity », in A. MALATESTA [ed.], *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe. The "Rome II" proposal*, Padova, CEDAM, 2006, pp.173-219, à la p. 204). Ces auteurs préviennent que « [in the European Union alone a non-negligible] *number of national legal systems coexist providing for different civil liability rules with varying degrees and standards of environmental protection* ». Les mêmes auteurs soulignent que, pour le reste du monde, la note de 2000 rédigée par C. BERNASCONI pour la Conférence de La Haye (C. BERNASCONI, *Civil Liability Resulting from Transfrontier Environmental Damage: a Case for the Hague Conference?*, [www.hcch.net/upload/wop/gen\\_pd8e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd8e.pdf)) contient « *a comprehensive overview of existing national legislation and international regimes* », y compris des règles matérielles et des règles de droit international privé (p.185).

la protection de l'environnement<sup>18</sup>. Ainsi, grâce à des règles de rattachement à caractère matériel, le droit international privé peut potentiellement répondre au besoin de nouvelles formes d'intervention juridique en matière environnementale : les règles de rattachement à finalité matérielle pourraient remplir ce rôle en conduisant à l'application de systèmes juridiques susceptibles d'améliorer la mise en œuvre des politiques pro-environnementales et/ou augmenter le niveau de protection offert.

Après une vingtaine d'années de réflexion académique<sup>19</sup>, l'Union européenne — ci-après UE — a reconnu le potentiel du droit international privé en ce qui concerne les enjeux environnementaux au niveau international, et une action législative a été entreprise au niveau européen à cet égard. Ainsi, dans le cadre du système de droit international privé de l'Union européenne, un article spécifique sur le conflit de lois en matière de dommages environnementaux fut introduit dans la proposition législative qui devint plus tard le *Règlement (CE) n° 864/2007*<sup>20</sup>. Ce règlement, connu sous le nom de règlement « Rome II », est l'instrument juridique général qui traite actuellement de la question de la loi applicable aux obligations non contractuelles devant les tribunaux de l'UE, à l'exception des tribunaux danois<sup>21</sup>.

La règle susmentionnée, l'article 7 du règlement Rome II, est inspirée des principes du droit de l'environnement de l'Union européenne<sup>22</sup> et du principe du *favor laesi* — le « *principe du traitement favorable à la personne lésée* »<sup>23</sup>. Cet article prévoit que les victimes d'un dommage environnemental peuvent choisir la loi à appliquer à leur situation à leur convenance, entre la *lex loci delicti commissi* — la loi du lieu où se produit l'événement causant le dommage — et la

---

<sup>18</sup> Vid. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 186, Leiden, Martinus Nijhoff, 1984, p. 363: « Or, de plus en plus des règles de conflit s'ouvrent à des considérations matérielles, poursuivant des objectifs concrets [...] Dans [ces] cas, la règle de conflit est orientée vers un résultat matériel et cesse alors incontestablement d'être neutre [...] un pas de plus est franchi lorsque la règle révèle expressément la faveur à un certain résultat et surtout à une certaine personne [...] ». Vid. aussi P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 196, Leiden, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 56-57 : « On assiste à l'époque contemporaine à un développement notable des règles de conflit de lois inspirées de préoccupations de droit matériel ou plutôt de règles de conflit dont le but avoué est de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat matériel voulu par l'auteur de la règle de conflit ».

<sup>19</sup> Un bon exemple de ce travail est fourni par les « Dix points d'Osnabrück », le résumé de clôture d'un colloque qui a eu lieu, sous le nom « Vers une convention sur les problèmes de droit international privé en matière de dommages causés à l'environnement », entre le 7 et le 9 avril 1994 (*Rev. crit. dr. internat. privé*, vol. 83-4, 1994, pages 853-855).

<sup>20</sup> 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 L 199 du 31.7.2007, p. 40. Ce règlement est applicable depuis le 11 janvier 2009 (*vid. arts. 31 & 32*). Pour une clarification sur le langage flou utilisé dans le règlement en ce qui concerne son champ d'application *ratione temporis*, *vid. CJCE, Homawoo contre GMF Assurances*, arrêt, affaire C-412/10, ECLI:EU:C:2011:747. Rome II s'applique aux événements ayant donné lieu à des dommages survenus après le 11 janvier 2009.

<sup>21</sup> *Vid. art. 1.4* du règlement Rome II.

<sup>22</sup> Ces principes sont les principes de précaution et d'action préventive, le principe de correction à la source et le principe du pollueur-payeur. Ils sont mentionnés dans l'art. 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (ancien article 174 du Traité instituant la Communauté européenne, auquel se réfère le considérant 25 du règlement Rome II).

<sup>23</sup> *Vid. considérant 25* du règlement Rome II.

*lex loci damni* — loi du lieu où le résultat dommageable se matérialise<sup>24</sup>. Par le choix entre les deux lois potentiellement applicables, la victime se voit offrir la possibilité de maximiser la réparation à payer par le pollueur, en choisissant celle qui conduira à une compensation économique plus substantielle. Il est soutenu que ce privilège stratégique est censé produire un effet de dissuasion accru sur les pollueurs potentiels, ce qui entraînerait une augmentation du niveau de protection de l'environnement sur la scène internationale<sup>25</sup>. Dans l'ensemble, « *il ne s'agit pas seulement de respecter les attentes légitimes de la victime, mais de mettre en place une politique législative qui contribue à élever le niveau de protection de l'environnement en général* »<sup>26</sup>.

L'article 7 du règlement Rome II est actuellement accompagné dans le domaine de la compétence judiciaire internationale par des chefs de compétence contenus dans le *Règlement (UE) No 1215/2012*<sup>27</sup>. Ce règlement, connu sous le nom de règlement « Bruxelles I bis », est l'instrument juridique général qui traite de la compétence judiciaire internationale et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dans l'UE. Dans le domaine des atteintes à l'environnement, les règles de compétence judiciaire internationale contenues aux articles 4.1 et 7.2 de Bruxelles I bis sont de grande importance. Le premier des deux articles établit le chef de compétence principal du règlement : la compétence des tribunaux de l'État du domicile du défendeur. La deuxième disposition établit une compétence spéciale en matière délictuelle et quasi délictuelle, celle de « *la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ». Ce deuxième article, suivant le célèbre arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne — ci-après CJUE — dans l'affaire *Mines de Potasse d'Alsace*, doit être interprété comme octroyant un choix au demandeur entre intenter son action devant la juridiction du lieu où se produit l'événement causant le dommage ou la juridiction du lieu où le résultat dommageable se matérialise<sup>28</sup>. Ensemble, les trois articles mentionnés constituent les principales dispositions du droit international privé européen relatives aux dommages

---

<sup>24</sup> L'article 7 prévoit que « *La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1, à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit.* ». Le facteur de rattachement de l'article 4.1 est la *lex loci damni*.

<sup>25</sup> *Vid.* Article 7, considérant 24, et considérant 25 du règlement Rome II. *Vid.* également l'exposé des motifs de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), COM(2003) 427 final, pp. 20-21. L. ENNEKING ("The Common Denominator of the Trafigura Case, Foreign Direct Liability Cases and the Rome II Regulation - An Essay on the Consequences of Private International Law for the Feasibility of Regulating Multinational Corporations through Tort Law", *European Review of Private Law*, 2-2008, pp. 283-311, spécialement aux pp. 289-291) traite explicitement de ce point, qui n'est pas explicitement abordé dans les documents susmentionnés (ce point y est seulement évoqué de façon implicite).

<sup>26</sup> *Vid.* Exposé des motifs de la proposition de règlement, *op. cit.*, p. 20.

<sup>27</sup> 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 (Refonte), JO L 351 du 20.12.2012, p. 1. Ce règlement a été précédé par le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L12 du 16.1.2001, p. 1. Comme on le sait, le dernier règlement était le « *communautarisation* » de la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>28</sup> CJUE, *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. & the Reinwater Foundation v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, arrêt, affaire 21-76, ECLI:EU:C:1976:166.

environnementaux ; ils créent un microrégime de « droit international privé environnemental » — dénommé ci-après indistinctement « microrégime » ou « mécanisme ».

Le fait que, dans le monde d'aujourd'hui, des efforts créatifs et novateurs soient faits pour essayer de traiter des problèmes internationaux complexes tels que ceux liés à l'environnement, est remarquable. Cependant, après la description faite dans les pages précédentes, il peut être légitime de se demander si ce type d'intervention juridique est réellement utile à des fins de protection de l'environnement. Est-il réaliste d'essayer de diffuser des politiques de protection de l'environnement par des moyens de droit international privé ? Si oui, quelles politiques ? Préventives, compensatoires ? Et sur quelle portée territoriale : globale ou régionale ? Autrement dit, quels rôles ou fonctions peuvent effectivement être remplis par le type d'outil juridique décrit ci-dessus ? Ce type d'outil, au-delà de fournir de la protection, peut-il améliorer le niveau de celle-ci ? À la lumière de tout ce qui précède, la thèse doctorale qui inspire ces pages est consacrée à évaluer la manière dont le droit international privé peut contribuer à la protection de l'environnement *via* des règles de rattachement (règles « multilatérales » de conflit de lois) portant sur les obligations non contractuelles résultant de dommages environnementaux. Pour ce faire, elle s'est concentrée principalement sur l'exemple d'outil juridique mentionné ci-dessus, fourni par le droit de l'Union européenne, car il s'agit probablement de l'illustration centrale de l'approche<sup>29</sup>.

En conséquence, la thèse est structurée autour de questionnements apparemment simples : du point de vue de la protection de l'environnement, est-il efficace d'intervenir dans des situations de dommage environnemental par le biais de règles de conflit multilatérales à caractère matériel ? Et, de plus, est-il efficace d'y intervenir avec le type précis de règle de conflit multilatérale à caractère matériel qui est en vigueur aujourd'hui dans l'UE ? Le terme « efficacité », tel qu'il est utilisé dans ces pages et dans la thèse, fait référence à la notion d'efficacité « politique ». Comme décrit par L. PRIETO SANCHIS, « la *eficacia política* » est l'efficacité du point de vue des objectifs politiques établis lors de l'élaboration de la disposition<sup>30</sup>. À la lumière des deux questions qui viennent d'être posées, l'analyse effectuée est double : d'abord, elle vise à déterminer si, *in abstracto*, le conflit de lois peut servir aux objectifs de protection de l'environnement de manière satisfaisante. Deuxièmement, elle vise à vérifier si, et dans quelles circonstances, le microrégime en vigueur dans l'Union européenne peut être

---

<sup>29</sup> Même si l'on vise ici, principalement, l'article 7 du règlement Rome II, les questions de droit applicable ne peuvent être traitées dans le vide, sans référence aux règles de compétence judiciaire internationale, et donc il faut farder dans l'esprit l'ensemble du « microrégime » susmentionné. Néanmoins, tout comme la thèse qui les inspire, les pages suivantes mettront l'accent sur les questions de droit applicable et ne se référeront à la compétence judiciaire internationale que si cela est nécessaire ou approprié.

<sup>30</sup> L. PRIETO SANCHIS, *Apuntes de teoría del Derecho* (9<sup>e</sup> ed.), Colección Estructuras y Procesos. Derecho, Madrid, Trotta, 2014, p. 85: «*En el sentido que he llamado político la eficacia de las normas alude a la satisfacción o realización de las finalidades u objetivos sociales o políticos en vista de los cuales fueron establecidas esas normas. Como ya sabemos, el Derecho es un instrumento para ordenar la sociedad de acuerdo con un cierto modelo o proyecto ideológico, filosófico, etc., y cuando el legislador dicta una norma en principio hemos de pensar que lo hace para algo, para producir un impacto en la sociedad a través de la orientación de las conductas de los destinatarios. A veces, las normas se muestran como instrumentos idóneos para alcanzar esos fines, y entonces se dice que son eficaces; pero en otras muchas ocasiones el legislador no acierta en el diseño de la norma y ésta o no produce los efectos esperados o incluso obtiene justamente los contrarios*».



en mesure de remplir les objectifs environnementaux qui lui ont été assignés<sup>31</sup>. La thèse doctorale qui inspire ces pages est divisée en deux parties. Chacune de ces parties correspond avec l'un des deux volets de l'analyse proposée, et comprend deux chapitres (quatre chapitres au total).

## II.- L'analyse

### **A. Quelques notions de départ par rapport à la question de l'efficacité de l'intervention du conflit de lois en matière environnementale**

Toute étude juridique traitant des dommages environnementaux devrait tenter de fournir une définition précise et technique de la notion d'environnement. Cependant, entrer dans les détails de ce que « l'environnement » est légalement est en fait au-delà de toute considération de bon sens ou notion intuitive, et nécessite de cadrer l'analyse dans un ordre juridique donné, voire dans un régime juridique donné. En d'autres termes, malheureusement, la définition légale de « l'environnement » est extrêmement problématique : contrairement à ce que l'on pourrait attendre d'une question aussi générale et commune, il n'existe pas de définition juridique généralement acceptée de « l'environnement » ; différents instruments juridiques dans différents ordres juridiques contiennent des définitions différentes qui comportent différents aspects. L'ordre juridique européen compte à lui seul plusieurs définitions, dont certaines directes, d'autres indirectes (à travers le « proxy » des définitions de concepts connexes, comme par exemple « dommage environnemental »), parfois on fait même recours à des références à d'autres instruments juridiques internationaux<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> En 2010, O. BOSKOVIC a publié « 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. 53-66). Dans cette contribution concise (13 pages), l'auteure s'est surtout consacrée à présenter brièvement certains enjeux auxquels le dispositif pourrait être confronté, sans pour autant fournir une évaluation approfondie de ce dernier. La contribution indique simplement, à la p. 54, que le mécanisme doit être évalué en termes « positifs », mais ne développe pas ce point. Le thème de « l'efficacité » (notamment du point de vue des objectifs politiques fixés par le législateur européen), à mon humble avis, était resté depuis largement inexploré.

<sup>32</sup> L'analyse de la thèse utilise, à titre d'exemple, quatre définitions explicites ou implicites de l'environnement tirées de: l'article 3 de la (première) directive d'évaluation des incidences sur l'environnement (Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JO L 175 du 05.07.1985, p. 40) ; le « Livre vert sur la réparation des dommages environnementaux » de 1993 (Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen et au Comité économique et social: Livre vert *sur la réparation des dommages causés à l'environnement*, COM(93) 47 final, p. 10) ; la directive européenne sur la responsabilité environnementale européenne (op.cit.) et le règlement Rome II. Dans les deux derniers cas, ces instruments juridiques ne définissent pas directement la notion d'« environnement », mais les notions peuvent être déduites d'autres éléments qui y sont présents (comme les éléments présents au considérant 24 et à l'article 7 de Rome II).

En tous les cas, malgré la possibilité d'identifier un noyau commun aux différentes définitions, « l'environnement » reste un concept « à géométrie variable ». Cela est probablement dû au fait que, au-delà de la nécessité d'accommoder des intérêts politiques contradictoires lors de négociations internationales, l'environnement est peut-être une sorte de méta-notion ou de méta-bien légal, qui regroupe différentes sous-notions ou sous-biens légaux, ceci malgré le fait que l'on en parle souvent comme s'il s'agissait d'un concept unitaire. On peut donc soutenir que, généralement, les définitions que l'on retrouve dans différents instruments juridiques, européens et/ou internationaux, peuvent être facilement décomposées en ensembles de sous-concepts : 1) Santé et vie humaines ; 2) Propriété humaine ; 3) « Milieu »/environs sain(s) (pré-requis pour la vie et la santé humaines ; « *entorno sano* » en espagnol, « *healthy surroundings* » en anglais) ; 4) Faune et flore (biodiversité) et relations trophiques ; 5) Ressources naturelles abiotiques, telles que le sol, l'eau, l'air, etc. 6) (Parfois même) Monuments historiques et éléments culturels. En conséquence, différentes notions d'environnement peuvent avoir des portées plus étroites ou plus larges selon le nombre de sous-notions qu'elles englobent. Évidemment, il peut être possible d'identifier plus de sous-notions que celles listées ici<sup>33</sup>. Dès lors, la liste des sous-notions ci-dessus doit être comprise comme une approximation de l'enjeu.

Ce qu'il est important de souligner, outre la « géométrie variable » de la notion, est le fait que certaines notions d'environnement de taille moyenne à grande peuvent contenir, comme biens juridiques (autre les ressources naturelles, la biodiversité et des notions connexes) la vie humaine, la santé humaine — et même la propriété — lorsqu'ils sont directement endommagés dans le cadre d'événements environnementaux. La raison pour laquelle ces derniers biens légaux sont inclus dans la notion d'environnement est le lien intense qui les relie à ces derniers<sup>34</sup> : les humains ne peuvent vivre que dans un environnement d'une certaine qualité<sup>35</sup>;

---

<sup>33</sup> Pour donner un exemple simple, il peut être possible d'identifier comme un possible bien subsidiaire supplémentaire la richesse et la beauté des paysages et le plaisir esthétique que les humains peuvent en tirer. En outre, il peut être difficile d'établir des frontières précises entre les sous-notions: leurs frontières peuvent devenir floues en raison de leurs interrelations, comme c'est par exemple le cas des frontières entre les sous-notions numéro 3 et numéro 5 ci-dessus. Autrement dit, les distinctions claires ne sont pas toujours faciles et, parfois, démêler les éléments n'est pas simple. Cela est particulièrement vrai, comme le suggère le paragraphe suivant, lorsqu'il s'agit de distinguer les éléments « purs » de l'environnement de la santé humaine et de la vie humaine.

<sup>34</sup> Comme reflété par l'inclusion de la sous-notion numéro 3 dans la liste ci-dessus.

<sup>35</sup> Vid. M. PAQUES, « L'environnement, un certain droit de l'homme », *Administration Publique - Revue du Droit Public et des Sciences Administratives*, 2006, pp. 38-66, at p. 38 : « *l'homme ne peut vivre que dans un environnement d'une certaine qualité. Cette condition d'existence de notre contemporain détermine également la survie de l'espèce. La protection du cadre de vie devient un devoir de l'homme. Le pouvoir de détruire comme de protéger a pour corollaire une responsabilité de l'homme actuel vis-à-vis des générations futures* ». L'auteur (p.55) met aussi en relation la notion d'environnement au sein de l'ordre juridique belge avec les notions correspondantes au niveau de la législation européenne et des droits de l'homme : « *En droit belge, il s'agit de reconnaître le droit à la protection d'un environnement "sain". Dans ce cas, le lien avec la santé est clair. La santé, protégée depuis plus longtemps, a parfois permis à l'environnement de faire son entrée dans le cercle des droits de l'homme avant sa reconnaissance explicite. La protection de la santé a parfois été présentée comme le cœur de la protection de l'environnement. Elle est un objectif de la politique de l'environnement établi à l'article [191.1 TFUE]. Certaines mesures environnementales protègent la santé et font naître des droits au profit des bénéficiaires alors que ce point demeure souvent problématique quand il s'agit de mesures protégeant un environnement plus large. La protection de la santé et de la sécurité de l'homme l'emportent sur les considérations environnementales ou économiques. En revanche, la décision de protéger seulement l'environnement demeure souvent soumise à l'arbitrage de proportionnalité* ». La dernière partie de l'extrait semble particulièrement

un environnement d'une certaine qualité est même conçu par certains auteurs comme une condition préalable à l'existence même de l'homme. Tel est le cas, jusqu'à ce qu'un droit humain à un environnement sain ait vu le jour au sein de plusieurs instruments régionaux des droits de l'homme<sup>36</sup>, car c'est une sorte de condition préalable à la jouissance de la vie et de la santé individuelles<sup>37</sup>. Malgré l'intensité de ce lien, cette « intégration » de la santé humaine et de la protection de l'environnement est néanmoins une épée à double tranchant conceptuelle : d'une part, elle a déterminé l'insertion de l'environnement parmi les biens légaux protégés par les droits de l'homme, *via* le « droit à un environnement sain », élevant ainsi quelque peu sa protection. Mais, d'autre part, cette élévation s'est produite au prix d'une focalisation sur et d'une mise en valeur de la dimension anthropocentrique de l'environnement. Cela a entraîné, probablement, le rétrécissement de la notion d'environnement dans la dialectique des droits de l'homme et dans certains régimes du droit international de l'environnement<sup>38</sup>, ce qui a souvent consisté à protéger exclusivement les aspects qui sont immédiatement liés à l'être humain et à ne pas ressentir le besoin d'aller plus loin. C'est à partir de ces constats que la thèse soutient que, nonobstant les difficultés mentionnées ci-dessus pour démêler les éléments environnementaux « purs » et la vie et la santé humaines, ces deux ensembles d'éléments devraient en réalité être traités comme étant deux biens juridiques distincts, car leur intégration

---

pertinente, car elle soutient une thèse qui sera développée plus loin dans les pages suivantes : le fait que l'une des approches reste « *soumise à l'arbitrage de proportionnalité* » justifie, à mon avis, l'affirmation selon laquelle nous ne traitons pas du même bien juridique, mais de deux biens juridiques clairement différenciés.

<sup>36</sup> Vid. P. LAMBERT, "Le droit de l'homme à un environnement sain" (Commentaire à la décision de la CEDH dans *Athanassoglou v. Switzerland*), *Rev. trim. dr. h.*, 2000, pp. 565-580, at pp. 578-580 (citant M. Déjeant-Pons): "le droit à l'environnement soit un des droits de l'homme majeur du XXI<sup>e</sup> siècle, dans la mesure où l'humanité se voit menacée dans le plus fondamental de ses droits, celui à l'existence".

<sup>37</sup> Vid. D. SHELTON, "Human Rights, Health and Environmental Protection: Linkages in Law and Practice", *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 2007-1, 2007, pp. 9-59, à la p. 32: "In the European human rights system, whose Convention does not contain a right to health, cases nonetheless have been brought for environmental harm, invoking either the right to life (art. 2), information (art. 10) or the right to privacy and family life (art. 8)". En tout cas, la relation est claire, et comme expliqué par M. FALLON (« Le droit fondamental à l'environnement selon le droit communautaire », *Revue d'études juridiques Aménagement-Environnement*, num. spécial, 2008, pp. 79-129, aux pp. 96-97), dans le droit de l'UE — notamment dans le droit du marché intérieur — elle peut se manifester de plusieurs manières : « L'interaction de l'environnement et de la santé est certaine. Elle se manifeste de plusieurs manières. D'abord, le juge communautaire ne peut que constater la similarité des valeurs, en termes de rang et de contenu : souvent, la réglementation technique d'un produit dangereux affecte autant la santé que l'environnement. Il en va de même pour la santé des animaux. Aussi les deux valeurs sont-elles parfois associées dans l'énumération de justifications d'une entrave au nom de l'intérêt général [...] Ensuite, le juge communautaire a établi une similitude de notions servant à apprécier la compatibilité d'une réglementation avec l'objectif d'intérêt général qui la fonde. Le constat s'impose à propos du principe de précaution. Indubitablement, ce qui est devenu un « principe général » — ou à tout le moins un principe commun — en droit communautaire n'est formulé en droit primaire qu'à propos de l'environnement. Son extension au domaine de la santé publique n'est pas moins certaine ».

<sup>38</sup> Vid., *inter alia*, P. BIRNIE, A. BOYLE & C. REDGWELL, *International Law & the Environment* (3<sup>rd</sup> ed.), Oxford, OUP, 2009, p. 7: [Après avoir déclaré que l'émergence d'une dimension environnementale dans le droit des droits de l'homme a une motivation fortement anthropocentrique] "A more explicit relativism characterizes most environmental measures aimed at protecting human health or safety, including those in which responsibility for the welfare of future generations is a prominent feature, such as the conventions on nuclear radiation risks or climate change. In this context the principal question is the level of socially accepted risk, but the underlying objective is nevertheless anthropocentric".

a brouillé parfois les raisonnements juridiques et politiques<sup>39</sup>. En conséquence, sans mettre nullement en cause le besoin de protéger les deux ensembles dans toute situation de dommage à l'environnement, la thèse souligne le besoin de toujours garder à l'esprit la différence lorsque l'on réfléchit par rapport à tout enjeu concernant la politique environnementale.

D'autres notions propres au sujet des atteintes à l'environnement sont présentées dans le chapitre 1 de la thèse. Parmi celles-ci, les distinctions entre dommages environnementaux « transfrontières » et « simplement internationaux » (respectivement « transboundary » et « merely international » dans la littérature juridique anglophone), et entre dommages environnementaux *lato sensu* et *stricto sensu*. La première des deux classifications évoquées est faite en fonction de la structure géographique de la situation de dommage environnemental. Les dommages transfrontières sont ceux « *where the place where the accident has arisen and [the place] where damage has been suffered are located in different countries* »<sup>40</sup>. À son tour, la notion de dommage simplement international renvoie à des situations dont l'élément international découle de la « *multinational dimension of one of the persons involved (usually the polluter)* »<sup>41</sup>. Il est intéressant de noter que, par rapport aux délits dits « de masse » (catégorie à laquelle appartiennent généralement les délits environnementaux), on considère souvent que « *[a]lthough there are many torts in which the place of injury is also the place of the wrongful conduct [...] there are few mass torts of which that can be said* »<sup>42</sup>. Ce n'est cependant pas le cas des délits environnementaux — et d'autres types de délits internationaux liés aux droits de l'homme : les délits environnementaux dans le monde globalisé de nos jours peuvent très souvent présenter cette structure.

La deuxième catégorisation que l'on peut effectuer des dommages environnementaux a un caractère traditionnel dans le domaine, et renvoie aux idées évoquées dans le paragraphe précédent sur la nature « insaisissable » du concept de l'environnement. Tout naturellement, les différents biens juridiques qui, comme suggéré *supra*, peuvent intégrer la notion d'« environnement », engendrent différentes catégories de dommages environnementaux, en fonction du contenu qui y est inclus. Suivant ceci, on distingue, traditionnellement, entre<sup>43</sup> : i) dommages à la propriété ou à la santé humaine dus à une contamination de l'environnement « *thus including both physical and economic damage* »<sup>44</sup> (ci-après dommages à l'environnement

<sup>39</sup> Comme un exemple de la façon dont les discours académiques mélangent parfois et entremêlent les perspectives, les éléments de droit public et de droit privé, et les biens juridiques privés et publics *vid.* P. BOUREL, « Un nouveau champ d'expérimentation pour le droit international privé conventionnel : les dommages causés à l'environnement », *op. cit.*, pages 95-96, à la p. 103.

<sup>40</sup> *Vid.* F. MUNARI & L. SCHIANO DI PEPE, « Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law, and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity », *op. cit.*, p. 176.

<sup>41</sup> *Ibidem.*

<sup>42</sup> *Vid.* L. WEINBERG, « Mass torts at the neutral forum: a critical analysis of the ALI's proposed choice rule », *Symposium on Conflict of Laws: celebrating the 30th anniversary of Babcock v. Jackson, Albany Law Review*, vol. 56, No. 4, 1993, pp. 807 et suivantes, à la p. 847.

<sup>43</sup> Il est important de noter que le seul élément concernant la caractérisation des dommages environnementaux effectivement contenu dans l'art. 7 de Rome II est la distinction entre ces deux types de dommages différents. Cependant, l'inclusion de cette distinction fonctionne davantage comme une clarification, puisque, en principe, elle n'a aucune conséquence pratique : les deux types de dommages sont traités de manière identique.

<sup>44</sup> *Vid.* F. MUNARI & L. SCHIANO DI PEPE, « Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law, and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity », *op. cit.*, p. 190. En droit civil espagnol ce

*lato sensu*); et ii) des dommages à l'environnement lui-même, indépendamment de tout dommage à la propriété ou à la santé, c'est-à-dire « *damage to natural habitats and protected species* »<sup>45</sup> (ci-après « dommage écologique » ou « dommage environnemental "*stricto sensu*" »).

Outre cette approche des notions de base, le premier chapitre fournit aussi une première approche de l'un des questionnements fondamentaux susmentionnés : déterminer s'il est efficace d'intervenir en matière environnementale par le biais de règles de conflit multilatérales — n'importe quel régime de règles de conflit multilatérales portant sur les dommages environnementaux, pas nécessairement celui en vigueur dans l'UE. Le point de départ de cette analyse est la supposition que tout outil de conflit de lois traitant de questions délictuelles est un outil de responsabilité délictuelle au niveau international et que, par conséquent, il doit conduire à l'accomplissement d'au moins les mêmes fonctions que le droit de la responsabilité civile remplit au niveau national. Cette supposition découle du fait que, dans sa forme la plus classique et la plus élémentaire (c'est-à-dire une règle de conflit multilatérale neutre avec un seul facteur de rattachement), le conflit de lois partage les fonctions et participe à la mise en œuvre effective des règles de droit interne, puisqu'il les canalise au niveau transnational. Les réflexions qui s'en suivent mènent, en dernier terme, à l'identification d'un premier point problématique : en raison des difficultés rencontrées par le droit matériel de la responsabilité délictuelle pour dissuader les acteurs économiquement puissants de s'exposer à voir leur responsabilité déclenchée, il est hautement improbable que les pollueurs potentiels puissent ressentir une menace quelconque découlant des règles de conflit multilatérales portant sur les dommages environnementaux internationaux. Par conséquent, on conclut que le principal résultat pouvant être obtenu grâce à l'intervention des règles de conflit multilatérales en matière d'environnement est, en principe, l'indemnisation des dommages, mais rarement la dissuasion/prévention<sup>46</sup>.

---

type de dommage est dénommé « dommage environnemental typique » (« *daño típico* ») : « *Es el daño al medioambiente que va acompañado de un daño a un tercero (a su persona o a su propiedad) [...] Es decir, se trata de daños medioambientales individuales que se incardinan en la protección dispensada por el Código civil a la persona y a la propiedad, por esto, respecto a ellos, cabe dicha protección indirecta vía la responsabilidad civil extracontractual* » (Vid. F. LLODRÀ GRIMALT, *Lecciones de Derecho Ambiental Civil*, op. cit., p. 93. Afin d'illustrer l'enracinement de la distinction dans le droit civil espagnol, l'auteur cite une décision de la Cour suprême datant de 1944 [STS 14.02.1944]). De la même façon, A. CABANILLAS SÁNCHEZ (*La reparación de los daños al medioambiente*, op. cit., pp. 46-47) mentionne qu'on doit également considérer comme environnementales « *los daños que sufren los particulares a consecuencia de inmisiones industriales que contaminan el aire, agua, o el suelo con el consiguiente perjuicio para las personas y las cosas* ».

<sup>45</sup> Vid. F. MUNARI & L. SCHIANO DI PEPE, « Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law, and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity », op. cit., p. 190. F. LLODRÀ GRIMALT (*Lecciones de Derecho Ambiental Civil*, op. cit., p. 93) définit la notion de dommage environnemental per se ou dommage écologique comme « *daño directo al medioambiente* » ou « *daño al medioambiente considerado en sí mismo*, i.e. "*aquel determinado por la alteración del equilibrio ecológico o la destrucción de elementos naturales de titularidad común (ejm. fauna y flora)*".

<sup>46</sup> On arrive à cette conclusion, outre à travers l'analyse des opinions doctrinales dans la matière, à travers l'analyse d'un ensemble de cas « non-environnementaux » (mettant en cause la responsabilité de la compagnie nord-américaine General Motors) dont le contenu est parfaitement transposable au domaine de la responsabilité pour atteintes à l'environnement. Vid. *General Motors Corp v. McGee*, 837 So.2d 1010 (2002) (Celle-ci est la décision en appelation [par la District Court of Appeal of Florida, Fourth District ; du 18 décembre 2002] ; la décision de première instance date du 18 mai 1998 [par la Broward County Circuit Court, Floride]). Sur ce sujet, vid. WALL STREET JOURNAL, « How a Memo Written 26 Years Ago Is Costing

## **B. L'interaction et les relations entre mécanismes et régimes juridiques en matière de protection de l'environnement**

Le chapitre 2 aborde ladite intervention des règles de conflit multilatérales sous un angle différent : il fournit une évaluation de l'interaction et des relations entre tout régime de règles de conflit multilatérales traitant des délits environnementaux et d'autres mécanismes et régimes juridiques préexistants en matière de protection de l'environnement : des mécanismes fournis par le droit international public (dans des traités et conventions portant sur des questions environnementales, dans le droit coutumier, etc.), par les droits de l'homme, par le droit de l'Union européenne, etc. Cette évaluation a conduit à considérer que, outre le fait qu'ils ne sont pas nécessairement à la portée des mêmes sujets de droit (individus ou sujets étatiques/de droit public, selon les cas), malgré la multiplicité chaotique des instruments juridiques internationaux impliqués d'une manière ou d'une autre dans la protection de l'environnement, la plupart d'entre eux sont de nature préventive et très peu d'entre eux sont de nature compensatoire. Par conséquent, les mécanismes de conflit de lois multilatéraux bénéficient d'une marge de manœuvre extrêmement importante pour leur implication dans des situations de dommages environnementaux à des fins de compensation (il y a très peu de « champs bloqués ») et peuvent, par ailleurs, remplir un rôle de « *droit commun* » dans les occasions où un domaine thématique spécifique a été occupé par un autre mécanisme juridique international de compensation (comme c'est le cas, par exemple, en ce qui concerne la pollution pétrolière en mer). Ces résultats renforcent l'impression, déjà exprimée il y a une quinzaine d'années par M. Anderson, que :

*« The considerable growth in transnational environmental tort cases is likely to continue simply because affected communities and environmental activists find this to be the only legal tool at their disposal. [...] Civil liability has an important but inevitably limited role to play in environmental management. That its profile is much higher in the transnational context is simply testimony to the lack of other accountability mechanisms »<sup>47</sup>.*

## **C. Quelques obstacles « en amont » de l'intervention de la règle de conflit de lois européenne en matière d'atteintes à l'environnement**

Le chapitre 3 constitue une transition du cadre de réflexion général contenu dans la partie I à un raisonnement spécifiquement centré sur le mécanisme de droit international privé même de l'UE. Ceci est fait en présentant plusieurs enjeux/entraves à l'efficacité qui peuvent être

---

General Motors Dearly » (29 Septembre 1999) (<http://www.wsj.com/articles/SB9385366607816889>), et « Appeal Pending In Anderson v. GM - A Case Study for Civil Justice Reform » (Washington, DC, June 21, 2000) <http://www.atra.org/newsroom/appeal-pending-anderson-v-gm-case-study-civil-justice-reform>.

<sup>47</sup> M. ANDERSON, « Transnational Corporations and Environmental Damage: Is Tort Law the Answer? », *Washburn L.J.*, 2001-2002, pp. 399-425, à la p. 424.

rencontrés par n'importe quel mécanisme semblable mis en place n'importe où dans le monde, mais en délivrant les réponses — ou l'absence de réponses — de l'UE par rapport à ceux-là.

Les enjeux traités au chapitre 3 ne se rapportent pas directement à la nature ou à une configuration spécifique des règles de conflit de lois, mais à des aspects structurels ou à des éléments procéduraux qui se trouvent en amont dans le raisonnement de droit international privé, et qui ont, tout de même, un impact significatif sur l'efficacité des règles de conflit : parmi ceux-ci on trouve, par exemple, des enjeux classiques, tel que l'utilisation de la personnalité juridique distincte des filiales dans les groupes de sociétés pour construire des réseaux/boucliers de celles-ci, et aussi le *forum non conveniens*<sup>48</sup>, figure classique du droit international privé anglo-saxon. Pourquoi ces deux enjeux — que l'on pourrait qualifier d'obstacles « procéduraux » — sont-ils si importants ? Assurer la mise en œuvre d'une responsabilité effective et adéquate exige la concurrence de trois éléments : la neutralisation du *forum non conveniens*, le dépassement de la personnalité juridique distincte des filiales, et l'intervention d'une règle de conflit adéquate, conduisant à l'application d'un droit matériel favorable à la réparation. Pour que les pollueurs réparent de manière adéquate les dommages qu'ils causent, les trois problèmes juridiques mentionnés doivent être configurés de manière à donner des résultats favorables aux victimes : ils sont intimement liés de manière cumulative ; chacun d'eux est individuellement capable de bloquer la réparation. Si une seule de ces questions juridiques est défavorable aux victimes, la mise en œuvre de la responsabilité peut être sévèrement limitée, voire exclue. En d'autres termes, l'évaluation de l'efficacité de l'article 7 de Rome II n'est pas seulement fonction des vertus et des insuffisances de la disposition en tant que telle, mais aussi de l'évaluation globale de — au moins — l'ensemble de ces trois éléments (la règle elle-même et les deux obstacles procéduraux), où la question des « boucliers » de filiales a un poids significatif.

Outre ces deux sujets classiques, on analyse aussi les problèmes qui dérivent de ce que l'on pourrait appeler la « dimension subjective » du mécanisme de droit international privé environnemental de l'UE : la limitation de l'implication de l'État (ou d'autres sujets de droit public) dans les procédures de type « privé », et le manque de moyens appropriés de recours collectif environnemental au niveau de l'UE (qui rend difficile l'intervention des sujets privés dans ce genre de contentieux). L'importance de ces questions dérive du fait que l'environnement *stricto sensu* est un bien juridique collectif et donc, au niveau procédural, l'intervention/implication de tous les sujets concernés serait nécessaire, en principe, pour faire valoir les droits pertinents, à moins qu'un sujet donné ne reçoive individuellement le droit de s'impliquer/intervenir « pour les autres ». En ce qui concerne la première de ces questions (l'implication potentielle de l'État et d'autres organismes publics, en ce qui concerne les dommages environnementaux *stricto sensu* causés par des parties privées), la jurisprudence de

---

<sup>48</sup> Le *forum non conveniens* peut être défini comme « *the power of the courts, even where they are legally competent to adjudicate the case, to stay the proceedings because of the availability of an allegedly more appropriate forum elsewhere* » (G. BETLEM, "Transnational Litigation Against Multinational Corporations Before Dutch Civil Courts", in M. T. KAMMINGA & S. ZIA-ZAFIRI (eds.), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 285-305, à la p. 283). Cette doctrine a été largement « neutralisée » dans le cadre du système de compétence judiciaire internationale établi par le Règlement Bruxelles I bis et ses prédécesseurs. *Vid.* CJUE, *Andrew Owusu v N. B. Jackson, trading as "Villa Holidays Bal-Inn Villas" and Others*, jugement, affaire C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120.

la CJUE réduit excessivement les contours de la notion de « *matière civile et commerciale* » empêchant l'intervention des sujets de droit public là où l'on pourrait défendre légitimement le besoin de leur intervention<sup>49</sup> : dans la mesure où il n'y a pas de pouvoir ou prérogative exorbitante, l'autorité publique devrait simplement être considérée comme l'agrégateur des (potentielles) revendications individuelles des particuliers. En d'autres termes, une demande introduite par une autorité publique ne relevant pas de son *iure imperii* devrait être comprise comme l'accumulation et la solidification dans une seule main des intérêts diffus sur l'environnement qui appartiennent indivisiblement à tous les individus, et donc, si besoin est, comme faisant partie de la « *matière civile et commerciale* », ceci afin de préserver l'*effet utile* de l'article 7 de Rome II<sup>50</sup>.

En ce qui concerne la deuxième des questions évoquées (l'implication des sujets privés), à moins qu'un ordre juridique donné ne prévoie spécifiquement de mécanismes juridiques spéciaux, les réclamations de dommages environnementaux *stricto sensu* ne peuvent provenir des individus, dans la mesure où, comme on l'a dit, ce type de dommage est infligé à un bien juridique collectif. En d'autres termes, pour envisager sérieusement le « *private enforcement* »<sup>51</sup> des droits portant sur l'environnement *stricto sensu*, une « adaptation » est requise : la dimension collective/commune du bien juridique endommagé doit être « traduite » en éléments de droit privé et/ou de procédure civile. En l'absence d'un tel « convertisseur » ou « adaptation », les droits ne peuvent pas être exercés dans la pratique et peuvent en fait devenir dépourvus de

---

<sup>49</sup> *Vid.*, dans un sens similaire, R. PLENDER & M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations* (3<sup>rd</sup> ed.), London, Sweet & Maxwell, 2009, pp. 642-643. *Vid.* aussi la jurisprudence suivante : CJUE, *Netherlands State V. Reinhold Rüffer*, jugement, affaire 814/79, ECLI:EU:C:1980:291 ; CJUE, *Gemeente Steenberg v Luc Baten*, jugement, affaire C-271/00, ECLI:EU:C:2002:656 ; CJUE, *Verein für Konsumenteninformation v Karl Heinz Henkel*, jugement, affaire C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555.

<sup>50</sup> Il faut garder à l'esprit que la Directive européenne sur la responsabilité environnementale ne prévoit aucun droit de compensation pour des parties privées (Art. 3.3 : « *Sans préjudice de la législation nationale pertinente, la présente directive ne confère aux parties privées aucun droit à indemnisation à la suite d'un dommage environnemental ou d'une menace imminente d'un tel dommage* »).

<sup>51</sup> La notion de « *private enforcement* » (« mise en œuvre » ou « exécution » privée) désigne l'affirmation/mise en œuvre d'intérêts de droit public indirectement par le biais d'actions de droit privé intentées par des parties privées contre des parties privées. Cette notion s'oppose au « *public enforcement* » traditionnel, entendu comme l'affirmation/mise en œuvre de ces mêmes intérêts de droit public par des moyens de droit public, contrôlés par des entités publiques (L'inspiration pour cette définition a été tirée, outre documents de base en matière antitrust publiés par les institutions européennes, de certains développements trouvés dans la thèse de doctorat non-publiée de C. ORO MARTINEZ [C. ORO MARTINEZ, *La aplicacion privada del derecho de la competencia: Aproximacion desde el Derecho Internacional Privado. Competencia Judicial y Ley aplicable*, Barcelone, Universitat Autònoma de Barcelona, 2009, p. 2 et pp. 6-11]). Les origines du *private enforcement* peuvent être trouvées dans le système juridique nord-américain, entre autres dans le droit de la concurrence (*Vid.* J. G. MILLER, "Private Enforcement of Federal Pollution Control Laws Part I", *Environmental Law Reporter*, vol. 13, 1983, pp. 10309-10323, at p. 10311 : "*Private enforcement of federal statutes is not a new concept, unique to environmental law. The antitrust treble damage provision, stockholder derivative suits under the securities laws, the doctrines of private right of action, and statutory tort all attest to the vintage and pervasiveness of private enforcement of federal statutes* »). De cette tradition juridique, le *private enforcement* a été plus tard importée en Europe, où il a lentement commencé à s'épanouir dans les dernières décennies, également dans le domaine du droit de la concurrence (*Vid.* C. ORO MARTINEZ, *La aplicacion privada del derecho de la competencia: Aproximacion desde el Derecho Internacional Privado. Competencia Judicial y Ley aplicable*, *op. cit.*, p. 5. Des développements supplémentaires sur les aspects spécifiques en matière antitrust peuvent être trouvés aux pages 11-20).



valeur. Malheureusement, il n'existe pas de moyens appropriés de recours collectif environnemental au niveau de l'UE<sup>52</sup>.

L'analyse des deux questions évoquées portant sur la « dimension subjective » du mécanisme a conduit à des conclusions significativement inquiétantes : le cumul de ces deux problèmes signifie qu'il existe, dans l'UE, un obstacle troublant à la réparabilité des dommages à l'environnement *stricto sensu*. Afin de développer adéquatement le « *private enforcement* » environnemental (qui, de nos jours, est subtilement sous-développé dans l'UE), outre l'introduction de moyens de recours collectif environnemental contraignants au niveau de l'UE et/ou l'élargissement de la notion de « matière civile et commerciale » dans le sens susmentionné, on pourrait introduire des dispositions inspirées d'éléments du droit nord-américain, comme les « *citizen-suit* »<sup>53</sup> et des systèmes de compensation « *Cy pres* »<sup>54</sup>.

#### **D. Les vices cachés de la règle de conflit de lois européenne en matière d'atteintes à l'environnement**

Le quatrième et dernier chapitre traite de deux dysfonctionnements intrinsèques de la règle de conflit de l'UE portant sur la responsabilité pour dommages environnementaux, qui entravent considérablement son efficacité.

<sup>52</sup> Il existe depuis 2013 une recommandation de la Commission européenne (Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, O.J. L 201, 26.7.2013, p. 60), qui porte, de façon globale sur les recours collectifs (pas spécifiquement sur le recours collectif environnemental), et qui par sa nature a une valeur non-contraignante. Outre cette recommandation, il y a des mécanismes de recours collectifs que dans certains (pas tous) les États Membres, mais ne couvrent pas nécessairement la matière environnementale (*Vid., inter alia*, L. CARBALLO PIÑEIRO, "La construcción del mercado interior y el recurso colectivo de consumidores", in F. ESTEBAN DE LA ROSA (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América: Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 1055-1094, aux pp. 1060-1062).

<sup>53</sup> Les « Citizen suit provisions » sont définies par B. H. Thompson (B. H. Thompson, "The continuing innovation of citizen enforcement", *U. Ill. L. Rev.*, 2000, pp. 185-236, aux pp. 192-193) comme suit: « *Under the typical federal citizen suit provision, any individual or organization with constitutional standing can initiate a lawsuit in federal district court for an injunction against any person alleged to be in violation of one or more specified provisions of the statute. A growing number of provisions also authorize courts to impose monetary penalties, payable to the United States. Citizen prosecutors can settle their suits, even where settlement is not expressly authorized, on terms that include cessation of violations, supplemental environmental projects, and payment of monies to the plaintiff or other organizations. For largely political reasons, citizen suit provisions typically do not authorize private prosecution of every violation of the underlying statute* ». *Vid.* also J. G. MILLER, "Private Enforcement of Federal Pollution Control Laws Part I", *Environmental Law Reporter*, vol. 13, 1983, pp. 10309-10323, à la p. 10315: "*With one exception, the citizen suit sections authorize "any person" to commence suit [...]*" (sans soulignement dans l'original).

<sup>54</sup> La compensation *Cy pres* est une forme de compensation non directe qui a été couronnée de succès au Canada et aux États-Unis et qui consiste en la distribution d'indemnités découlant de régimes de recours collectifs « *to entities whose work and aims are related to the subject of the litigation* » (*Vid.* E. FALLA, « (EU) Collective Redress Proceedings: New Challenges for Judges », *Revue européenne de droit de la consommation*, vol. 2012-3, 2012, pp. 461-492, aux pp. 486-487).

Il traite d'abord les complexités qui découlent de l'interface entre les normes environnementales de droit public (national) et le droit international privé, et évalue l'article 17 du règlement Rome II, qui vise à aider à gérer, au moins partiellement, ces complexités. L'article 17, intitulé « Règles de sécurité et de comportement » établit que « [p]our évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ». L'évaluation de la portée et l'impact pratique de l'article 17 sur l'effectivité de l'article 7 dans ses rapports avec les normes environnementales de droit public (national) est faite, notamment, par le biais d'un modèle qui simule les différents scénarios pratiques de dommage environnemental transfrontière. Sur cette base, il a été conclu que, dans les cas de dommages environnementaux, si elle est interprétée littéralement, la configuration actuelle de l'article 17 est incompatible avec le principe *favor laesi*, le principe du pollueur-payeur et, éventuellement, d'autres principes du droit de l'environnement de l'UE. Et donc, si interprété littéralement, l'article 17 mine gravement l'*effet utile* de l'article 7. Au surplus, s'il n'y a pas, au moins, une interprétation et application pro-victime de l'article 17, la disposition, sous sa forme actuelle, est manifestement contraire au principe *favor laesi*<sup>55</sup>.

Au-delà de cela, une deuxième déficience fondamentale dont souffre l'article 7 est qu'il ne peut pas « contribue[r] à élever le niveau de protection de l'environnement en général », comme le prétend la Commission européenne<sup>56</sup>, dans un ensemble de situations spécifiques qui rentrent néanmoins dans son champ d'application matériel : la règle est inefficace face aux catastrophes environnementales « simplement internationales » causées par les pollueurs européens dans les pays en développement. Dans ces cas, les chances de parvenir à produire un effet de dissuasion par rapport à la production des dommages environnementaux passent de rares à « presque inexistantes », et la compensation demeure, en raison des spécificités de ces scénarios, très limitée. Ceci est dû au manque de choix par rapport au droit applicable dans ces situations : depuis une perspective traditionnelle, on considère que le lieu où se produit l'événement causant le dommage et le lieu où le résultat dommageable se matérialise coïncident, et qu'il n'y aurait pas de choix possible pour les victimes. Il est vrai que les délits « simplement internationaux » peuvent être problématiques *per se*, quelle que soit leur localisation : tant dans les délits « simplement internationaux » intra-européens que dans ceux extra-européens, il existe un décalage entre les objectifs environnementaux établis pour l'article 7 et le manque de choix du droit applicable<sup>57</sup>. Cependant, le problème est moins aigu dans les cas intra-européens parce que : i) les normes environnementales sont censées être

---

<sup>55</sup> Sans préjudice d'autres arguments, il fait réfléchir à la question suivante : comment est-il possible de concilier une disposition qui vise à frapper « un *équilibre raisonnable entre les parties* » et une disposition qui vise à « un *niveau de protection élevé* » qui est fondé, entre autres, sur le « *principe du traitement favorable à la personne lésée* » ? (Dans la version anglaise : « *fully justifies the use of the principle of discriminating in favour of the person sustaining the damage* » ; [sans soulignement dans l'original] ; *vid. Rome II, considérants 34 et 25, respectivement*).

<sup>56</sup> *Vid.* Exposé des motifs de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), *op. cit.*, p. 21.

<sup>57</sup> Entre autres aspects, le problème est relié au fait que, si l'on analyse attentivement l'exposé des motifs de la proposition de Règlement Rome II, l'article est bâti sur une logique « transfrontière » et « de voisinage », comme si tous les cas de dommage environnemental au niveau international étaient de nature transfrontière entre pays immédiatement voisins les uns des autres.

« suffisantes » et dans une certaine mesure « similaires » dans toute l'Union européenne (il y aurait un minimum d'harmonisation environnementale ; grâce aux directives européennes en la matière) ; ii) les systèmes de droit privé sont censés être capables de faire face à ces délits sophistiqués (ce qui devrait rendre l'absence de choix moins dommageable). En outre, il existe une dimension supplémentaire de discordance en ce qui concerne les dommages simplement internationaux extra-européens : l'absence de résultats satisfaisants dans ces scénarios (malgré « l'application universelle » de l'article 7 de Rome II) est en dissonance avec le champ d'application potentiellement universel de la politique environnementale de l'UE<sup>58</sup> (et le potentiel d'application extraterritoriale dont bénéficient certains instruments du droit de l'environnement de l'UE)<sup>59</sup>. Ce dernier aspect permet de qualifier le problème, en ce qui concerne les situations extra-UE, comme une faille de gouvernance globale.

Après avoir exploré plusieurs propositions différentes afin de corriger ou réparer cette déficience « congénitale » — parmi lesquelles aussi bien des options *de lege lata* que *de lege ferenda* — il semblerait que la meilleure option *de lege ferenda* serait l'insertion d'un facteur de rattachement pointant vers le domicile (européen) de l'auteur du dommage<sup>60</sup>. Dans l'ensemble, l'introduction de ce facteur de rattachement permettrait d'aligner l'article 7 du règlement Rome II avec le rôle de leadership mondial en matière d'environnement que l'UE prétend remplir<sup>61</sup>. Il ne s'agit pas ici de savoir si l'Union européenne devrait fournir une « aide humanitaire environnementale » à des pays tiers (éventuellement aux dépens de son industrie) ou non. Le problème réside dans le fait qu'un champ d'application universel a été accordé à l'article concerné, mais sa structure ne lui permet pas d'atteindre, à l'échelle mondiale, les objectifs qui lui ont été assignés. Ainsi, puisque, au moins à première vue, l'article 7 semble mieux préparé pour faire face aux dommages environnementaux « transfrontières », on suggère ici que les résultats vers lesquels l'article conduit dans les hypothèses « simplement internationales » devraient être corrigés et, outre le recours aux modifications législatives, cela pourrait être fait aussi par le biais d'une interprétation corrective, sans modifier le libellé de l'article. En effet, dans l'ensemble, la racine du problème réside dans le fait que les délits environnementaux « simplement internationaux » et les délits environnementaux transfrontières sont conçus comme des problèmes différents, mais traités de manière identique, ce qui pose problème en termes de conflit de lois. Pour que le système fonctionne correctement

---

<sup>58</sup> Vid. L. KRÄMER, *EC Environmental Law* (6e ed.), London, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 3-5. Cet auteur établit, notamment, que « [g]eographically, the environment mentioned in the Treaty is not limited to the Community's environment ». Dans le même sens, vid. M. FALLON, « Le droit fondamental à l'environnement selon le droit communautaire », *op. cit.*, pp. 111-112 (qui coïncide avec KRÄMER dans l'idée que la portée de la politique environnementale de l'UE est mondiale).

<sup>59</sup> En d'autres termes, il existe un décalage entre, d'une part, les champs d'application spatiaux du règlement Rome II et le droit et la politique de l'UE en matière d'environnement, et d'autre part, le raisonnement spatial qui sous-tend l'article 7 du règlement Rome II.

<sup>60</sup> L'analyse présentée présuppose que le problème des personnalités juridiques distinctes présent dans les groupes de sociétés peut être surmonté, car il existe, dans plusieurs systèmes de droit occidentaux, de mécanismes juridiques et théories à cette fin (tels que par exemple, la levée du voile corporatif, la théorie de l'agent, etc.). Cela n'empêche que le problème des personnalités juridiques distinctes reste un problème très grave dans le genre de contentieux analysé.

<sup>61</sup> Vid., sur le rôle de leadership environnemental que l'UE entend remplir, *inter alia*, O. COSTA, « Puestos a liderar. Unidad e influencia de la UE en la política internacional del clima », in M. E. BARBÉ IZUEL (coord.), *Cambio mundial y gobernanza global: la interacción entre la unión europea y las instituciones internacionales*, 2012, pp. 124-141.

et que les politiques pertinentes se développent correctement, il faut mettre en œuvre l'une des deux solutions suivantes : i) si les deux situations vont être considérées comme des problèmes différents, en raison des différences apparentes dans leurs structures géographiques, alors deux règles différentes sont requises reflétant, dans chaque cas, leurs (apparemment) différentes natures et spécificités (spécialisation de la règle de rattachement) ; ii) si les deux situations vont être traitées au moyen d'une seule règle de conflit de lois, alors la règle doit surmonter les apparentes différences structurelles et traiter les deux situations de façon identique, comme un seul problème : comme il a été mentionné, il faut comprendre alors que dans les délits « simplement internationaux » non seulement le risque environnemental<sup>62</sup>, mais aussi les systèmes de commandement et de contrôle (transmission d'ordres) des pollueurs corporatifs s'affranchissent des frontières nationales.

Au-delà de ces deux solutions possibles, il est important de souligner que les potentiels des règles impératives (d'application immédiate/nécessaire) d'une part et de l'exception d'*ordre public* d'autre part ont également été considérés, mais écartés, car ce sont des options inadéquates. Les normes d'application immédiate peuvent éventuellement aider dans des conditions très spécifiques (lorsque les standards environnementaux pertinents sont faibles, la norme d'application immédiate établit des standards plus stricts et le droit de la responsabilité applicable est fondé sur la faute), mais ne servent à rien lorsque le problème dérive de l'insuffisance du droit applicable en matière de responsabilité délictuelle (car, en principe au moins, au niveau européen, il n'existe pas de normes d'application immédiate en matière de responsabilité délictuelle pour dommage à l'environnement). Ensuite, en ce qui concerne l'exception d'*ordre public*, malgré la nécessité de mener des recherches plus « empiriques », il semblerait peu probable que les valeurs environnementales aient atteint le statut d'*ordre public*, excepté, peut-être, dans les pays scandinaves. Le seul rôle potentiel que l'*ordre public* peut, peut-être, jouer ne repose pas sur la notion d'environnement *stricto sensu*, mais sur la notion d'environnement *lato sensu*. Si au lieu de considérer la défense de l'environnement *per se*, on considère la défense de la vie humaine et de la santé, ou même la propriété humaine, la conclusion peut changer : en tenant compte de l'*acquis* en droits de l'homme partagé par les États membres de l'UE, une exception d'*ordre public* semble plus susceptible de réussir si elle vise à bloquer l'application d'un système juridique qui « annule » le droit fondamental à la vie et/ou à la santé en prévoyant une indemnisation inadéquate ou inexistante. De plus, si l'application d'un système juridique aboutissant à l'octroi de dommages-intérêts « disproportionnés » (punitifs) ne peut être acceptée (suivant certaines opinions académiques et jurisprudentielles), pourquoi ne serait-ce pas le cas aussi des dommages-intérêts « disproportionnellement bas » (violant la dignité humaine) ?<sup>63</sup> Il faut cependant reconnaître

---

<sup>62</sup> *Vid.*, en ce qui concerne le transfert du risque, T. BALLARINO, « Questions de droit international privé et dommages catastrophiques », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 220, Leiden, Martinus Nijhoff, 1990, p. 356 : « [t]andis que, dans la plupart des cas [...] l'élément transfrontière a une nature substantielle (pollution pétrolière, émission de fumées, dommages causés par des aéronefs ou engins spatiaux...), il possède, dans les cas que j'appelle transnationaux, un caractère juridique: ce n'est pas, en effet, la substance polluante qui traverse la frontière, mais le risque d'accident. Cette exportation devient possible du fait qu'il existe de grandes sociétés ayant un champ d'action qui s'étend sur le territoire de plusieurs États ».

<sup>63</sup> Le blocage des compensations inadéquates par l'ordre public et le blocage par l'ordre public des dommages-intérêts punitifs sont, à mon sens, deux faces de la même pièce : la loi étrangère n'est pas

que cet ordre public inspiré par la dignité humaine n'aiderait pas nécessairement l'environnement *stricto sensu*, ou, en tout cas, seulement collatéralement<sup>64</sup>.

Ces dernières remarques soulignent, à nouveau, la nécessité de veiller à ce que, à chaque fois que l'on traite et discute de politique environnementale, les dommages environnementaux *lato sensu* et les dommages environnementaux *stricto sensu* soient clairement distingués, puisque les arguments et le raisonnement politiques qui ont du sens par rapport à l'une des notions peuvent ne pas fonctionner à l'égard de l'autre. Cela va au-delà du fait que les voies légales et de procédure pour défendre chacune d'entre elles peuvent varier considérablement. Cette idée renvoie au fait que, par exemple (même si cela peut paraître écologiquement contre-productif), des arguments sur la souveraineté économique en matière de ressources naturelles pourraient éventuellement justifier, dans une certaine mesure, les dommages environnementaux *stricto sensu* (à condition que les dommages restent à l'intérieur des frontières nationales de l'État concerné et n'affectent pas les pays voisins ou autres). Cependant, les mêmes arguments ne devraient pas pouvoir justifier des dommages environnementaux *lato sensu*, car, une fois encore, la dignité humaine devrait agir comme limite<sup>65</sup>. Il est donc fondamental d'insister à nouveau sur l'idée que les deux dimensions de l'environnement (*lato sensu* et *stricto sensu*) doivent être clairement distinguées à chaque reprise que des raisonnements politiques et des projets de législation sont mis sur la table.

Quoiqu'il en soit, il semblerait, pour résumer, qu'en son état actuel, l'article 7 de Rome II n'est pas à la hauteur des objectifs qui lui avaient été fixés lors de la promulgation du règlement.

### **III.- Les conclusions**

Bien que la disposition spécifique adoptée par l'UE soit décevante (car, comme indiqué, elle ne remplit pas pleinement et adéquatement, en toutes circonstances, les objectifs qui lui avaient été assignés lors de la promulgation de Rome II), en général, il peut être efficace d'intervenir en matière d'environnement *via* des règles de conflit multilatérales. En d'autres termes, abstraction faite du fait que la tentative de l'UE ne répond pas à ses propres prétentions, le recours à des règles de conflit à caractère matériel semble être une méthode appropriée pour la construction du droit international privé en tant qu'outil de gouvernance mondiale au XXI<sup>e</sup> siècle : il est possible et efficace de projeter des politiques matérielles à la sphère transnationale *via* le conflit de lois (même si parfois cela n'est pas fait correctement).

---

acceptée sous un certain seuil de dédommagement pour des raisons d'ordre public (atteinte à la dignité humaine).

<sup>64</sup> Si la valeur dissuasive du droit de la responsabilité délictuelle devait être acceptée, il serait possible d'envisager potentiellement un *effet réflexe* protecteur, chaque fois que les moyens procéduraux le permettraient : la crainte de verser une compensation adéquate à la vie humaine pourrait indirectement protéger l'environnement *stricto sensu*.

<sup>65</sup> On propose la dignité humaine, car il peut être controversé de recourir aux droits de l'homme (car ils souffrent de la « fragmentation » du droit international, malgré la philosophie sous-jacente commune qui relie tous les différents régimes de droits de l'homme en vigueur dans le monde).

Parmi les objections qui pourraient être soulevées à l'encontre de cette opinion, on pourrait souligner la menace de délocalisation des entreprises. Mais cette menace, en tant qu'argument contre la projection des politiques matérielles, doit être relativisée : la mobilité des entreprises dépend d'un ensemble de facteurs, et non de la modification d'un acte ou d'une disposition donnés (à moins que l'acte ou disposition en question soit absolument fondamental pour l'acteur corporatif en question). De plus, des recherches empiriques menées par Eurostat démontrent que les cadres réglementaires (en particulier, le droit « environnemental ») ne sont pas les éléments les plus déterminants de cet ensemble de facteurs<sup>66</sup>. Au surplus, le prétendu « liftoff » dont les entreprises bénéficient n'existe que parce que les États mêmes soutiennent son existence<sup>67</sup>. Mais, plus encore, même si l'on présuppose le scénario le plus défavorable en termes de mobilité d'entreprise, les acteurs corporatifs doivent toujours avoir des « racines » quelque part. Ainsi, puisque les « *touchdown points are potential locations to regulate conduct of transnational actors* »<sup>68</sup>, il y a un argument solide pour affirmer que le potentiel du conflit de lois en tant qu'outil de gouvernance mondiale est déjà significatif et devrait être exploré davantage. Cette suggestion peut être controversée : projeter des valeurs vers la sphère supranationale va directement à l'encontre de certains des « mythes » classiques sur lesquels le droit international privé a traditionnellement été construit (justice conflictuelle, neutralité des conflits de lois, uniformité internationale des solutions, etc.). L'abandon de ces « mythes » pourrait, néanmoins, être le seul moyen d'avancer sur des thèmes importants de la gouvernance mondiale (comme la protection de l'environnement) et sur le rôle que peut jouer le « *private enforcement* » dans celle-là.

La projection des valeurs est cependant confrontée à de potentielles difficultés, parmi lesquelles les frictions diplomatiques : des États autres que ceux qui « revendiquent » des valeurs/politiques à travers des règles de conflit peuvent considérer que la projection des valeurs par lesdites règles de conflit conduit à des résultats inacceptables dans des situations où leurs citoyens/sociétés sont impliqués. Par chance, ce scénario, aussi délicat que cela puisse paraître, pourrait, paradoxalement, conduire à des résultats positifs, dans certaines circonstances : il est soutenu que des frictions diplomatiques modérées « *actually promotes long-run international cooperation by providing stronger incentives to negotiate* »<sup>69</sup>. Un exemple environnemental parlant peut être trouvé dans les faits qui ont suivi l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Air Transport Association of America et autres*<sup>70</sup> (qui est, de façon plus ou moins

---

<sup>66</sup> Vid. EUROSTAT, « *Motivation factors for international sourcing by economic activity (2009-2011)* », (étude publiée en 2013) :

[http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=iss\\_11sbmot&lang=en](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=iss_11sbmot&lang=en). Suivant Eurostat, « *less regulation affecting the enterprise, e.g. less environmental regulation* » figure parmi les facteurs les moins significatifs parmi ceux qui motivent la délocalisation d'entreprises.

<sup>67</sup> Vid. R. WAI, « *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization* », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2002, pp. 209-274, à la p. 264 (La description faite par Wai du « liftoff » est cependant limitée : il se concentre sur l'arbitrage international comme un moyen d'« échapper » des tribunaux nationaux).

<sup>68</sup> Vid. R. WAI, « *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization* », *op. cit.*, pp. 265-266.

<sup>69</sup> W. S. DODGE, « *Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism* », *Harv. Int'l. L. J.*, vol. 39, 1998, pp. 101-169, à la p. 106.

<sup>70</sup> CJUE, *Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change*, jugement, affaire C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864.

explicite, une affaire portant sur un conflit de lois) : les conséquences de l'arrêt ont conduit à la négociation, dans le cadre de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), d'un « *global market-based mechanism to address international aviation emissions by 2020* »<sup>71</sup>.

Dans d'autres cas (c'est-à-dire dans des situations où il n'y a pas de tensions diplomatiques avec d'autres États), la projection des valeurs est une attitude législative responsable que les États doivent adopter, même si elle est difficile à assumer et à mettre en œuvre. Le domaine des questions environnementales fournit également un bon exemple dans ce sens. À chaque reprise que la projection des valeurs environnementales n'a pas d'impact sur les sujets d'autres États, et ne fournit pas des incitations à négocier, les États sont confrontés à un dilemme : ils peuvent être réticents à faire respecter les valeurs environnementales (que ce soit par des moyens de règles de conflit multilatérales ou autrement) si les autres États n'agissent pas de la même manière, car cela pourrait nuire à leurs intérêts, et ceux de leurs propres acteurs corporatifs. Dans ce sens, on pourrait soutenir que les secteurs industriels des autres États (les inactifs) seraient économiquement avantagés par la responsabilité que les « États verts » imposeraient à leurs propres industries<sup>72</sup>. Comment répondre à ce défi est une question de volonté politique qui, dans l'Union européenne, devrait être considérée du point de vue du leadership environnemental que l'UE prétend assumer. Il ne s'agit certainement pas d'un manque de faisabilité technique : le droit international privé possède les moyens d'introduire (et d'affirmer) des valeurs matérielles dans les schémas de gouvernance mondiale (même dans la gouvernance mondiale en matière d'environnement) à travers des règles de conflit de lois.

Par conséquent, tout se résume à la maxime selon laquelle « *un grand pouvoir implique de grandes responsabilités* ». Cela vaut aussi en termes de compétence judiciaire internationale et de conflit de lois.

---

<sup>71</sup> Vid. les explications fournies dans les pages Web officielles suivantes (disponibles le 17 mars 2017):  
[https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation_en) et  
[https://ec.europa.eu/transport/modes/air/environment\\_nl](https://ec.europa.eu/transport/modes/air/environment_nl)

<sup>72</sup> Ceci est une simplification de la position de A. SYKES dans l'article suivant : A. O. SYKES, "Transnational Tort Litigation as a Trade and Investment Issue", *The journal of legal studies*, vol. 37-2, 2008, pp. 339-378.