



# Assemblée générale

Distr. générale  
31 janvier 2017  
Français  
Original : anglais

## Commission du droit international

### Soixante-neuvième session

Genève, 1<sup>er</sup> mai-2 juin et 3 juillet-4 août 2017

## Quatrième rapport sur la protection de l'atmosphère

Établi par Shinya Murase, Rapporteur spécial\*

### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Principes directeurs de l'application concurrente . . . . .	6
A. Fragmentation et application concurrente . . . . .	6
B. Soutien mutuel . . . . .	9
II. Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit commercial international ou droit international de l'investissement . . . . .	12
A. Droit commercial international . . . . .	13
1. Organisation mondiale du commerce et Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce . . . . .	13
2. Accords de libre-échange . . . . .	14

\* Nous tenons à remercier les professeurs et chercheurs ci-après pour le précieux concours qu'ils nous ont prêté : Charles Wharton, anciennement maître de conférences à la faculté de droit de l'Université Renmin; Yuka Fukunaga, de l'Université Waseda; Yubing Shi, de l'Université Xiamen; Masayuki Hiromi, chercheur post-doctorant à la faculté de droit de l'Université Sophia; Deng Hua, doctorant à la faculté de droit de l'Université Renmin; Zhang Maoli, étudiant de troisième cycle à l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine; Zhou You, du Juris Master de l'Université de Beijing. D'autres étudiants nous ont également apporté une aide précieuse, parmi lesquels les étudiants de troisième cycle de l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine suivants : Qi Quanmei, Li Yubo, Zhang Yixi, Wang Jing, Wang Kun, Liu Yue et Chen Yue, ainsi que Wang Leifan, doctorant à la faculté de droit de l'Université Renmin. Nous remercions vivement le Vice-Président Lin Wei; le Doyen Wu Yong; le Vice-Doyen Wang Lijun; les professeurs Qin Yihe et Chen Xiaohua, qui ont contribué à ce que nos recherches à l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine soient fructueuses, et Zhu Wenqi, professeur à la faculté de droit de l'Université Renmin, pour son soutien et ses encouragements permanents pendant la réalisation de ce projet.



---

3.	Accords multilatéraux sur l'environnement .....	15
4.	Règlement des différends .....	15
B.	Droit international de l'investissement .....	18
1.	Pratique conventionnelle .....	19
2.	Affaires d'arbitrage .....	25
III.	Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit de la mer .....	30
A.	Liens entre la mer et l'atmosphère .....	30
B.	Application concurrente du droit de la mer et du droit relatif à la protection de l'atmosphère .....	33
1.	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et autres instruments .....	33
2.	Décisions de justice .....	41
C.	Élévation du niveau de la mer et son incidence .....	43
IV.	Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit international des droits de l'homme .....	45
A.	Traités et autres instruments .....	46
B.	Jurisprudence des tribunaux internationaux et des organes conventionnels .....	48
C.	Droits substantiels .....	53
D.	Personnes vulnérables .....	55
E.	Génération futures .....	56
F.	Problèmes de procédure : application extrajuridictionnelle .....	58
V.	Conclusion .....	61

## Introduction

1. À sa soixante-huitième session, en 2016, la Commission du droit international (CDI) était saisie de notre troisième rapport sur la protection de l'atmosphère<sup>1</sup>, qu'elle a examiné à ses 3306<sup>e</sup>, 3307<sup>e</sup>, 3308<sup>e</sup> et 3311<sup>e</sup> séances, les 27 et 31 mai et 1<sup>er</sup> et 7 juin 2016<sup>2</sup>. Elle a décidé de transmettre au Comité de rédaction l'ensemble des projets de directive et un alinéa du préambule que nous avons proposés. Elle a adopté à titre provisoire les projets de directive et l'alinéa du préambule, assortis de commentaires y relatifs, à sa soixante-huitième session<sup>3</sup>.

### Débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante et onzième session

2. En octobre 2016, la Sixième Commission a examiné les travaux menés par la CDI sur le sujet<sup>4</sup>. Si, dans l'ensemble, la majorité des délégations qui se sont exprimées se sont félicitées de ces travaux<sup>5</sup>, ceux-ci ont inspiré quelque réserve à certaines délégations<sup>6</sup> et du scepticisme à l'une d'entre elles<sup>7</sup>. La plupart des délégations ont estimé que la participation d'experts scientifiques était très utile<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> A/CN.4/692.

<sup>2</sup> À cette occasion, un dialogue sur la protection de l'atmosphère a été engagé avec les scientifiques, dialogue que nous avons présidé et qui a été suivi d'une séance de questions-réponses. Son résumé est disponible sur le site Web de la Commission. Voir également S. Murase, « Scientific knowledge and the progressive development of international law; with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere », in J. Crawford *et al.* (dir.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses: Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Leiden, Martinus Nijhoff, à paraître.

<sup>3</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10* (A/71/10), par. 95 et 96.

<sup>4</sup> Nous exprimons notre gratitude à Qi Quanmei, de la faculté de droit de l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine, pour l'aide qu'elle a apportée à l'établissement du résumé des débats tenus à la Sixième Commission.

<sup>5</sup> Italie, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Sixième Commission*, 20<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.20), par. 90; Bélarus, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.23), par. 7; Algérie, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance, par. 31; Égypte, *ibid.*, par. 45; Islande (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 62; Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, *ibid.*, par. 74; République de Corée, *ibid.*, par. 84; Grèce, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 33; El Salvador, *ibid.*, par. 57; Soudan, *ibid.*, par. 72; Portugal, *ibid.*, par. 94; Mexique, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 20; Singapour, *ibid.*, par. 28; Malaisie, *ibid.*, par. 67; Afrique du Sud, *ibid.*, par. 79; Viet Nam, *ibid.*, par. 100; Slovénie, *ibid.*, par. 110; Tuvalu, *ibid.*, par. 129; Tonga, *ibid.*, par. 132; Sri Lanka, *ibid.*, 27<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.27), par. 2; Micronésie (États fédérés de), *ibid.*, par. 23; Japon, *ibid.*, par. 30; Indonésie, *ibid.*, par. 36; Inde, *ibid.*, par. 41; Argentine, *ibid.*, 29<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.29), par. 86; Iran (République islamique d'), *ibid.*, par. 91; Pérou, *ibid.*, 30<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.30), par. 6.

<sup>6</sup> France, *ibid.*, 20<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.20), par. 77; Tchéquie, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 70; Chine, *ibid.*, par. 91; Autriche, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 84; Espagne, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 9; Slovaquie, *ibid.*, par. 143.

<sup>7</sup> États-Unis d'Amérique, *ibid.*, par. 127.

<sup>8</sup> Italie, *ibid.*, 20<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.20), par. 90; Égypte, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.23), par. 45; Portugal, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 94; Mexique, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 20; Viet Nam, *ibid.*, par. 102.

3. Certaines délégations ont appuyé l'ajout du quatrième alinéa du préambule concernant la situation et les besoins particuliers des pays en développement<sup>9</sup>. Toutefois, quelques délégations se sont dites préoccupées par le fait que ce paragraphe était rédigé de façon plutôt peu convaincante et qu'il ne tenait pas pleinement compte de la situation particulière et des besoins réels de ces pays<sup>10</sup>.

4. En ce qui concerne le projet de directive 3, les délégations ont dans l'ensemble considéré qu'il incombait aux États d'agir avec la diligence requise en vue de protéger l'atmosphère<sup>11</sup>. Certaines délégations ont exprimé des doutes, observant qu'une telle obligation risquerait d'être difficile à respecter<sup>12</sup>. L'une d'entre elles a proposé de remplacer la dernière phrase du paragraphe 7 du commentaire accompagnant le projet de directive 3 par le texte suivant : « Dans ce contexte, il convient de noter non seulement que l'Accord de Paris souligne dans le préambule que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière, mais également que la qualité de l'air ambiant est une préoccupation commune de l'humanité, conformément aux normes et directives de l'Organisation mondiale de la Santé relatives à la qualité de l'air ambiant. Il est donc clair qu'il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans, et à la protection de la biodiversité<sup>13</sup> ».

En ce qui concerne l'étude d'impact environnemental mentionnée dans le projet de directive 4, les délégations ont dans l'ensemble appuyé l'idée que sa mise en œuvre contribuerait à contrôler les activités privées et publiques<sup>14</sup>. Certaines délégations ont proposé que le seuil à partir duquel il existait un impact préjudiciable important soit strictement défini<sup>15</sup>, et dit qu'il conviendrait d'insister sur l'effet cumulatif des activités dangereuses<sup>16</sup>.

5. En ce qui concerne les projets de directive 5 et 6, relatifs à la façon durable, équitable et raisonnable dont l'atmosphère devrait être utilisée, certaines délégations ont souscrit à l'opinion présentée<sup>17</sup>. Une délégation s'est dite préoccupée de ce que

<sup>9</sup> Algérie, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.23), par. 31; République de Corée, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 84; Afrique du Sud, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 81; Tuvalu, *ibid.*, par. 129.

<sup>10</sup> Chine, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 91. L'Espagne a estimé que la référence aux besoins des pays en développement, dans le nouvel alinéa du préambule, n'était pas cohérente avec l'approche plus équilibrée qui prévalait actuellement dans ce domaine (*ibid.*, A/C.6/71/SR.26, par. 9). Voir également les observations faites par le Brésil (*ibid.*, par. 90).

<sup>11</sup> Italie, *ibid.*, 20<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.20), par. 91; Grèce, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 35; Singapour, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 30; Viet Nam, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance, par. 101; Tonga, *ibid.*, par. 134; Micronésie (États fédérés de), *ibid.*, 27<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.27), par. 24.

<sup>12</sup> Tchéquie, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 71; Roumanie, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 77, et la Malaisie, qui a souligné que sa portée pourrait être contestable lors de sa mise en pratique (*ibid.*, 26<sup>e</sup> séance, A/C.6/71/SR.26, par. 69).

<sup>13</sup> Pologne, *ibid.*, par. 55.

<sup>14</sup> Italie, *ibid.*, 20<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.20), par. 91; Royaume-Uni, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 76; Grèce, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 36; Singapour, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 32; Malaisie, *ibid.*, par. 70; Tonga, *ibid.*, par. 135.

<sup>15</sup> Tchéquie, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 71; Autriche, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 84; Slovaquie, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 111.

<sup>16</sup> Tchéquie, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 71; Roumanie, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 77; Tonga, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 135.

<sup>17</sup> République de Corée, *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 85; Grèce, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 37.

l'expression « utilisation de l'atmosphère » ne soit pas suffisamment claire<sup>18</sup>. Une autre a suggéré que les projets de directive 5 et 6 seraient mieux placés au début du texte ou dans le préambule<sup>19</sup>. Une délégation a proposé que, pour des motifs de clarté, le paragraphe 3 du commentaire accompagnant le projet de directive 5 donne une meilleure définition du terme « utilisation », ou en propose des exemples<sup>20</sup>. Il a également été proposé que la Commission examine les facteurs à évaluer pour concilier les intérêts des générations actuelles et futures<sup>21</sup>.

6. En ce qui concerne le projet de directive 7, les délégations ont, dans l'ensemble, accueilli avec satisfaction son insertion dans les projets de directive, et se sont également félicitées que l'accent soit mis sur la nécessité de faire preuve de prudence avant d'entreprendre des activités visant à modifier intentionnellement l'atmosphère sur une grande échelle<sup>22</sup>. Une délégation a proposé que le projet de directive 7 soit supprimé, car il ne s'appuyait sur aucune règle ni pratique existant en la matière<sup>23</sup>. Une autre délégation a estimé qu'il serait souhaitable que cette directive ne s'applique pas aux situations de conflits armés<sup>24</sup>. Une délégation a proposé que le libellé du projet de directive soit plus percutant, étant donné que ces activités pourraient avoir des effets non négligeables sur la qualité de l'atmosphère<sup>25</sup>. Plusieurs délégations ont dit que le champ d'application du projet de directive devrait être limité<sup>26</sup>. S'agissant du projet de directive 8, relatif à la coopération internationale, une délégation a proposé que la coopération soit axée sur les responsabilités communes mais différenciées des États, ainsi que sur leurs capacités respectives et leur situation économique et sociale<sup>27</sup>. Une autre délégation a estimé que le projet de directive ne devait pas faire uniquement référence aux organisations internationales, car d'autres entités luttèrent aussi activement contre la dégradation et la pollution atmosphériques<sup>28</sup>.

### Objet du présent rapport

7. En s'appuyant sur les trois rapports précédents, le Rapporteur spécial entend examiner dans le présent rapport l'application concurrente du droit international relatif à la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international, à savoir le droit commercial international et le droit international de l'investissement (partie II), le droit de la mer (partie III) et le droit international des droits de l'homme (partie IV). On considère que ces branches du droit international

<sup>18</sup> France, *ibid.*, 20<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.20), par. 77.

<sup>19</sup> Bélarus, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.23), par. 7.

<sup>20</sup> Grèce, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 37.

<sup>21</sup> Malaisie, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 73.

<sup>22</sup> Italie, *ibid.*, 20<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.20), par. 91; Islande (au nom des pays nordiques), *ibid.*, 24<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.24), par. 62; République de Corée, *ibid.*, par. 85.

<sup>23</sup> France, *ibid.*, 20<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.20), par. 76; le Mexique a estimé pour sa part que « la Commission devrait examiner soigneusement la question de savoir s'il convient d'inclure la directive 7... étant donné que celle-ci est controversée, que la pratique est rare et que le débat évolue » [*ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 23].

<sup>24</sup> Bélarus, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.23), par. 7; l'Espagne a estimé que le projet de directive 7 devrait indiquer expressément que les activités militaires avaient été exclues de son champ d'application [*ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 10].

<sup>25</sup> Roumanie, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 78.

<sup>26</sup> Autriche, *ibid.*, par. 85; Slovaquie, *ibid.*, 26<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.26), par. 143.

<sup>27</sup> Algérie, *ibid.*, 23<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.23), par. 31.

<sup>28</sup> El Salvador, *ibid.*, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/71/SR.25), par. 58.

entretiennent des liens intrinsèques avec le droit relatif à la protection de l'atmosphère. Par conséquent, l'analyse de leur application concurrente ne relève d'aucune façon d'une intention d'élargir le champ du sujet, défini dans le projet de directive 2 tel qu'adopté à titre provisoire par la Commission.

## **I. Principes directeurs de l'application concurrente\*\***

### **A. Fragmentation et application concurrente**

8. On peut considérer le droit international relatif à la protection de l'atmosphère (également dénommé « droit de l'atmosphère » dans le présent rapport) comme un régime autonome, mais en aucun cas comme un régime « se suffisant à lui-même » ou « scellé ». Il coexiste et interagit avec d'autres branches du droit international. De fait, la principale force du droit international, en tant que système juridique, réside dans cette application concurrente. Par conséquent, la fragmentation du droit international est largement considérée comme une difficulté nécessaire devant être surmontée à toutes les étapes du processus juridique international, à savoir la formulation, l'interprétation et l'application, et la mise en œuvre.

9. Il convient de rappeler que le Rapporteur spécial a exposé l'approche fondamentale de cette question dans son premier rapport, publié en 2014, dans lequel il estimait que la Commission devait replacer les principes et règles de droit sur le sujet relatifs à ce qu'il est convenu d'appeler les « régimes spéciaux » dans le contexte du droit international général. Cela signifie que la Commission doit résister à la tendance au « cloisonnement (ou à la fragmentation) » résultant des approches classiques « axées sur un problème unique » du droit international de l'environnement<sup>29</sup>. Le droit international relatif à la protection de l'atmosphère faisant partie du droit international général, les principes et règles de droit applicables à l'atmosphère devraient donc, autant que possible, être envisagés à l'aune de la doctrine et de la jurisprudence du droit international général. Cela veut dire en outre que le champ des travaux de la Commission devrait être étendu afin d'appliquer les principes et règles du droit international général à divers aspects de la question de la protection de l'atmosphère. Il est essentiel de faire une place aux différents compartiments isolés dans le droit international général pour les tisser en maillage. Transcendant les frontières entre régimes spéciaux, l'approche généraliste ou globalisante s'impose donc aujourd'hui à la Commission dans son œuvre de codification et de développement progressif du droit international. Étant donné que la Commission est un organe composé essentiellement d'experts en droit

\*\* Le Rapporteur spécial souhaite particulièrement exprimer sa reconnaissance envers Deng Hua, doctorant à l'Université Renmin, de lui avoir fourni la documentation pertinente sur la fragmentation du droit international et d'avoir rédigé les parties du rapport portant sur le soutien mutuel et sur le droit commercial international. Il tient également à exprimer sa gratitude à Zhang Maoli, de la faculté de droit de l'Université de jeunesse d'études politiques de Chine, pour avoir pris soin de vérifier les sources du présent rapport.

<sup>29</sup> A/CN.4/667, par. 17. Voir également S. Murase, Perspectives from international economic law on transnational environmental issues, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253, Leiden, Martinus Nijhoff, 1996, p. 283 à 431, reproduit in S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Tokyo, Sophia University Press, 2011, p. 1 à 127, et S. Murase, « Conflict of international regimes: trade and the environment », *ibid.*, p. 130 à 166.

international général, on peut voir là de nouvelles possibilités la concernant pour le XXI<sup>e</sup> siècle. La multiplication des traités dans les domaines spécialisés en question est à l'origine d'une véritable « congestion » ou « inflation<sup>30</sup> » conventionnelles. Les conventions, aussi nombreuses soient-elles, n'en comportent pas moins des lacunes importantes et se chevauchent, en raison d'une insuffisance, voire d'une absence, d'harmonisation et de coordination, de sorte que l'ensemble manque de cohérence. On a maintes fois souligné qu'il fallait renforcer les synergies entre les conventions en vigueur. La Commission doit saisir cette occasion, car elle peut jouer un rôle important à cet égard<sup>31</sup>.

10. Il convient également de prendre note des conclusions que le Groupe d'étude a tirées dans son rapport intitulé « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » au sujet de l'application concurrente des normes juridiques. Dans la conclusion 1, on peut lire ce qui suit : « le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date<sup>32</sup> ».

Sur cette base, la conclusion 2 est libellée comme suit : « dans l'application du droit international, il est souvent nécessaire de déterminer la relation exacte entre deux règles et principes – ou plus – qui sont à la fois valables et applicables relativement à une situation<sup>33</sup>. À cette fin, les relations pertinentes se divisent en deux catégories générales : les relations d'interprétation [et] les relations de conflit. » La première catégorie correspond aux cas dans lesquels « une norme aide à l'interprétation d'une autre. » Dans ce cas, « une norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement. » La seconde catégorie englobent les cas où « deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes ». Il est rappelé dans cette conclusion que « les règles fondamentales concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la Convention de Vienne » de 1969<sup>34</sup>. En outre, dans la conclusion 4, l'accent est mis

<sup>30</sup> Voir E. Brown Weiss, « International Environmental Law: contemporary issues and the emergence of a new world order », *Georgetown Law Journal*, vol. 81, 1993, p. 697 à 702; S. Murase *et al.*, « Compliance with international standards: environmental case studies », in *Proceedings of the 89th Annual Meeting of the American Society of International Law: Structures of World Order*, Washington, American Society of International Law, 1995, p. 206 à 224; D.K. Anton, « Treaty congestion in contemporary international environmental law », in *Routledge Handbook of International Environmental Law*, S. Alam *et al.* (dir.), New York, Routledge, 2013, p. 651 à 665.

<sup>31</sup> A/CN.4/667, par. 17 et 18.

<sup>32</sup> *Annuaire de la Commission du droit international 2006*, vol. II (Partie deux), p.177 et 178.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>34</sup> *Ibid.*, la conclusion 3 renvoie à la Convention de Vienne sur le droit des traités et indique que « lorsque l'on cherche à déterminer les relations mutuelles entre deux normes ou plus, il convient d'interpréter ces normes conformément à, ou par analogie avec, la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier les dispositions de ses articles 31 à 33 relatives à l'interprétation des traités ».

sur le principe de l'harmonisation : « on s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles<sup>35</sup> ».

11. C'est dans l'esprit de ces propositions méthodologiques que la question de l'application concurrente est examinée dans le présent rapport. Tout chevauchement ou conflit provoqués par une pluralité de conventions susceptibles d'être applicables à une même question (ou un même objet) peuvent rendre la coordination nécessaire dans un contexte donné. S'agissant du sujet examiné dans le présent rapport, de telles situations peuvent prendre la forme d'un conflit entre deux conventions multilatérales. Comme il est indiqué plus loin dans la présente partie, l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (la « Convention de Vienne »), qui comprend des dispositions sur les incompatibilités entre traités successifs, n'apporte pas nécessairement les réponses requises sur la manière dont la coordination devrait être mise en œuvre. En général, il est opportun de suivre les conclusions susmentionnées sur les relations d'interprétation (lorsque les normes sont complémentaires) et les relations de conflit (lorsqu'une norme prime sur une autre), ainsi que sur le principe de l'harmonisation (pour un ensemble unique d'obligations, dans la mesure du possible), mais il est vrai qu'un tel processus présente certaines difficultés<sup>36</sup>.

12. La notion d'application concurrente illustre l'interdépendance entre la protection de l'environnement et le développement économique et social, et est censée trouver un point d'équilibre dans le développement durable. Par conséquent, les principes régissant l'application concurrente formulés dans le présent rapport renvoient aux liens entre le droit international relatif à la protection de l'atmosphère et d'autres branches du droit international, telles que le droit commercial et de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme. L'accent est mis sur ces branches en raison des liens intrinsèques qu'elles entretiennent avec le droit relatif à la protection de l'atmosphère. Néanmoins, on ne saurait faire abstraction des conflits potentiels<sup>37</sup>, notamment des conflits entre des principes pouvant souvent tendre vers des directions différentes, de nouveaux types de clauses conventionnelles ou de pratiques pouvant être incompatibles avec le droit général ancien ou le droit de telle ou telle autre branche spécialisée<sup>38</sup>. Aujourd'hui, le droit international tend fortement vers le « cloisonnement », comme l'atteste l'absence de

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Voir, pour une vue d'ensemble, A. Boyle, « Relationship between international environmental law and other branches of international law », in D. Bodansky, J. Brunée et E. Hey (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 125 à 146.

<sup>37</sup> Sur le phénomène des conflits entre les règles du droit international, voir par exemple, J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2003; R. Michaels et J. Pauwelyn, « Conflict of norms or conflict of laws: different techniques in the fragmentation of public international law », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22, 2012, p. 349 à 376; D.N. Dagbanja, « The conflict of legal norms and interests in international investment law: towards the constitutional-general international law imperatives theory », *Transnational Legal Theory*, vol. 6, n° 3-4, 2015, p. 518 à 560.

<sup>38</sup> Groupe d'étude de la Commission du droit international, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », A/CN.4/L.682, par. 15.

liens cohérents entre ses différentes branches prises séparément, ce qui conduit bien souvent à sa fragmentation<sup>39</sup>. Une coordination active devrait donc permettre d'éviter ou de régler, autant que possible, les conflits entre traités applicables. Sans cette coordination, la réalisation effective des objectifs légitimes de la communauté internationale s'en trouverait entravée<sup>40</sup>.

13. Lorsque les règles du droit international sont formulées, interprétées, appliquées et mises en œuvre de façon complémentaire, les possibilités de prévenir ou de régler les conflits entre ces règles sont accrues. Par conséquent, pour protéger efficacement l'atmosphère de la pollution et de la dégradation atmosphériques, il est essentiel d'examiner les règles pertinentes du droit international d'une façon qui privilégie le soutien mutuel, ce qui permet de transformer les conflits pouvant découler de la coordination de dispositions conventionnelles en systèmes cohérents de protection de l'atmosphère.

## B. Soutien mutuel

14. Le concept de « soutien mutuel » est apparu pour la première fois dans le programme Action 21, qui précisait que « [l]'économie internationale [devait] créer un climat international propice à la réalisation des objectifs en matière d'environnement et de développement [...] [e]n faisant en sorte que le commerce et l'environnement se soutiennent mutuellement »<sup>41</sup>. Les gouvernements étaient en outre invités à s'efforcer de « promouvoir et soutenir des politiques intérieures et internationales qui fassent que la croissance économique et la protection de l'environnement se soutiennent mutuellement »<sup>42</sup>. Aujourd'hui, il n'est pas rare que des instruments internationaux et des décisions de justice prescrivent le soutien mutuel, comme nous le verrons plus loin dans le présent rapport. De manière générale, ce concept a pour objectif d'instaurer un équilibre entre les différentes branches du droit international dans la perspective du développement durable. Il est issu du souci de ne pas voir les différentes branches du droit international comme des régimes qui pourraient être concurrents, mais de les considérer dans l'optique de la coordination des efforts en vue d'obtenir des effets de synergie. Dans cette perspective, et compte tenu du programme Action 21 et des préceptes fondamentaux généralement reconnus du droit international, il peut être vu comme un principe essentiel du droit international actuel lorsqu'il s'agit de traiter de questions d'interprétation, de fragmentation et de concurrence entre différents régimes<sup>43</sup>.

15. Le concept du soutien mutuel a acquis au moins deux dimensions normatives : les États doivent, premièrement, négocier de bonne foi en vue de prévenir, *ex ante*,

<sup>39</sup> S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (voir la note de bas de page 29 ci-dessus), p. 10.

<sup>40</sup> Voir la résolution 2/2014 de l'Association de droit International portant sur la Déclaration des principes juridiques relatifs au changement climatique, rapport de la soixante-seizième Conférence tenue à Washington en août 2014 (Londres, 2014).

<sup>41</sup> Action 21, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe II, par 2.3, al. b).

<sup>42</sup> *Ibid.*, par. 2.9, al. d). Voir également par. 2.19 à 2.22.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 12 à 20. Voir également R. Pavoni, « Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the 'WTO-and-competing regimes' debate? », *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 3, 2010, p. 651.

les conflits éventuels et, deuxièmement, interpréter et appliquer les règles pertinentes, et en assurer le suivi, de façon harmonieuse afin de résoudre dans la mesure du possible, *ex post*, les conflits qui se sont effectivement produits<sup>44</sup>. Le concept de développement durable, qui est lui-même une pierre angulaire du droit international, établit des liens entre, d'une part, la croissance économique à long terme et la préservation des moyens de subsistance et, d'autre part, la prévention des atteintes irréparables à l'environnement, qui est nécessaire à la vie. En ce sens, il fait pendant au principe fondamental du soutien mutuel, qui lie le développement économique et la protection de l'environnement. Bien qu'ils ne soient pas identiques, ces deux concepts sont proches et se chevauchent dans une certaine mesure. Sur le plan de l'interprétation, il peut parfois s'avérer extrêmement difficile de distinguer entre la concrétisation du développement durable et les résultats qui peuvent être obtenus par la mise en pratique du concept de soutien mutuel<sup>45</sup>.

16. Les conflits peuvent être prévenus et évités, en premier lieu, au moment de la négociation de nouvelles règles<sup>46</sup>. Pour contribuer à prévenir les conflits, les États devraient avoir en vue le soutien mutuel dès la phase de négociation d'un accord. À cette fin, ils peuvent notamment rédiger une disposition de manière qu'elle précise expressément qu'elle déroge à une autre disposition ou qu'elle fasse expressément référence à une autre disposition. Ainsi, les deux dispositions peuvent simplement coexister, et tout conflit est prévenu *ex ante*<sup>47</sup>.

17. En outre, dans le processus *ex post* d'interprétation et d'application des règles applicables du droit international, c'est le principe du soutien mutuel qui devrait guider les États et les tribunaux internationaux, afin qu'ils interprètent et appliquent les règles pertinentes de façon harmonieuse « dans la mesure du possible, [...] de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles »<sup>48</sup>.

18. Bien que la Convention de Vienne elle-même ne mentionne pas expressément le principe interprétatif de l'harmonisation, celui-ci est généralement garanti par l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31, qui prévoit une interprétation systémique selon laquelle on tiendra compte « [d]e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »<sup>49</sup>. En d'autres termes, l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 met en avant à la fois l'unité du droit international et l'idée que les règles ne devraient pas être considérées indépendamment du droit

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid., p. 662.

<sup>46</sup> Voir Pauwelyn, *Conflict of Norms ...* (*supra* note 37), p. 237.

<sup>47</sup> Ibid. Wilfred Jenks a signalé que, lorsque la négociation ou la coordination de traités était assurée par différentes personnes, celles-ci avaient tendance à faire valoir leur point de vue sur des questions de détail qui prêtaient à débat, au détriment de la cohérence entre différents instruments et dans le corps d'instruments connexes. Il a donc demandé que les négociateurs et les coordonnateurs prennent l'habitude d'examiner les nouveaux instruments proposés du point de vue de leur effet sur l'ordre juridique international, W. Jenks, « Conflict of law-making treaties », *The British Year Book of International Law*, vol. 30, 1953, p. 452.

<sup>48</sup> Au sujet du principe interprétatif de l'harmonisation, voir *Annuaire ... 2006*, vol. II, partie 2, p. 186, par. 4).

<sup>49</sup> Voir, par exemple, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, par. 158 et note de bas de page 157. Voir également *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, CEDH-2001-XI, par. 55.

international général<sup>50</sup>. Ainsi, par exemple, depuis l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (affaire Gasoline), en 1996, l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) refuse d'appliquer les règles de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)<sup>51</sup> séparément d'autres règles d'interprétation du droit international public, ayant notamment déclaré « qu'il ne [fallait] pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public »<sup>52</sup>. On se souviendra que le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international a noté que l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne était fondé sur le « principe d'intégration systémique », soulignant qu'il convenait de tenir compte d'autres règles pouvant jouer un rôle dans une affaire lorsqu'il s'agissait d'interpréter le texte d'un traité international<sup>53</sup>.

19. Il convient également de noter que l'article 30 de la Convention de Vienne prévoit les méthodes traditionnelles à appliquer pour résoudre les conflits si le principe d'harmonisation décrit ci-dessus s'avère inefficace dans un contexte donné. Cet article<sup>54</sup> prévoit expressément, pour la résolution des conflits de lois, les règles suivantes : *lex specialis* (paragraphe 2), *lex posterior* (paragraphe 3) et *pacta tertiis* (paragraphe 4). Le paragraphe 2 confirme la règle *lex specialis*, aux termes de laquelle, « [l]orsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent »<sup>55</sup>. Le paragraphe 3 s'applique lorsque des parties concluent des traités successifs, confirmant la règle *lex posterior* selon laquelle un traité postérieur prévaut contre un traité antérieur<sup>56</sup>. Le paragraphe 4 porte sur les cas complexes dans lesquels les parties à des traités successifs ne sont pas les mêmes, c'est-à-dire dans lesquels les parties au traité postérieur n'incluent pas toutes les parties au traité antérieur, ce qui se produit souvent lorsque l'on aborde la question de l'application concurrente de différents traités multilatéraux<sup>57</sup>.

20. Cependant, ces méthodes conventionnelles d'interprétation des traités n'entraînent pas systématiquement le soutien mutuel voulu. Par exemple, une clause (règle) autonome sur la résolution des conflits figurant dans le dispositif d'un accord multilatéral sur l'environnement peut prévoir la primauté d'autres accords en

<sup>50</sup> P. Sands, « Treaty, custom and the cross-fertilization of international law », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1, 1998, par. 25; C. McLachlan, « The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, p. 279; et O. Corten et P. Klein (dir.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 828 et 829.

<sup>51</sup> L'accord initial a été signé à Genève le 30 octobre 1947. Le GATT de 1994 figure à l'annexe 1 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.

<sup>52</sup> OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 19. Voir également S. Murase, « Unilateral measures and the WTO dispute settlement » (sur l'affaire *Gasoline*), in *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, S.C. Tay et D.C. Esty (dir.), Singapour, Times Academic Press, 1996, p. 137 à 144.

<sup>53</sup> Groupe d'étude de la Commission du droit international, « Fragmentation du droit international... » (voir *supra* note 38), par. 410 à 480.

<sup>54</sup> Corten et Klein, *The Vienna Conventions ...* (voir *supra* note 50), p. 764 à 803.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 785 à 787.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 789 à 791.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 791 à 798.

cas de conflit, comme les paragraphes 2 et 3 de l'article XIV de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction<sup>58</sup>. Il arrive également que la règle relative aux conflits incorporée à un accord multilatéral sur l'environnement manque terriblement de clarté, comme celle qui figure dans le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique<sup>59</sup>. En conséquence, lorsqu'ils font prévaloir un instrument, les États devraient également chercher à trouver le bon équilibre par rapport à l'instrument concurrent et à ménager une certaine souplesse, afin que d'autres objectifs légitimes puissent également être dûment atteints.

21. Au vu de ce qui précède, nous proposons le projet de directive suivant :

**Projet de directive 9 : Principes directeurs de l'application concurrente**

**Conformément au principe d'application concurrente, les États élaborent, interprètent et appliquent les règles de droit international relatives à la protection de l'atmosphère en tenant compte des autres règles applicables du droit international dans un souci de soutien mutuel et d'harmonisation, en vue de régler tout conflit entre ces règles et de protéger efficacement l'atmosphère contre la pollution et la dégradation atmosphériques.**

## **II. Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit commercial international ou droit international de l'investissement**

22. Dans le monde actuel, le libre-échange et l'investissement étranger sont indispensables au bien-être de l'humanité, mais peuvent être en contradiction avec la protection de l'environnement et de l'atmosphère. À titre d'exemple général, un État peut appliquer sur son territoire des mesures de protection de l'environnement qui visent à préserver la qualité de l'air en limitant les importations d'essence ou les investissements étrangers dans une centrale électrique, ce qui peut être considéré comme une infraction aux obligations internationales qui lui incombent en matière de libre-échange et de protection de l'investissement étranger. Le moyen de régler ces conflits fait l'objet d'importants débats en droit international. Lors de l'examen des contradictions entre le commerce et l'environnement, il est important de distinguer deux situations : dans la première, les mesures en question ont été prises par l'État conformément aux accords multilatéraux sur l'environnement auxquels il

<sup>58</sup> Voir également Pavoni, « Mutual supportiveness ... » (*supra* note 43), p. 654.

<sup>59</sup> En ce qui concerne l'application concurrente des accords de l'OMC, le préambule du Protocole de Cartagena prévoit ce qui suit : « Estimant que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable, [s]oulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur, [c]onsidérant qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux ». Il en découle que, si le premier de ces considérants place le Protocole et les accords de l'OMC sur un pied d'égalité, le deuxième semble prévoir la primauté des accords de l'OMC, et le troisième celle du Protocole. Voir R. McKenzie et *al.*, *Guide explicatif du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, Centre du droit de l'environnement de l'UICN, UICN, Droit et politique de l'environnement, n° 46, Gland et Cambridge, Union internationale pour la conservation de la nature, 2003, par. 143 à 156.

est partie, tandis que dans la seconde, elles l'ont simplement été sur la base du droit interne. Dans le premier cas de figure, la question de la coordination entre deux traités devrait être réglée conformément aux articles 30 et 31 de la Convention de Vienne mentionnés ci-dessus, alors que, dans le second, ce sont essentiellement des mesures unilatérales de l'État, qui peuvent être présumées « opposables » ou « inopposables » en droit international<sup>60</sup>.

## A. Droit commercial international

### 1. Organisation mondiale du commerce et Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

23. La protection de l'environnement n'était pas un sujet de préoccupation prioritaire lors de l'élaboration du GATT en 1947. C'est ultérieurement qu'il a été admis que l'article XX de l'Accord, sur les exceptions générales, s'appliquait en partie à l'environnement. Cet article est rédigé en ces termes :

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures : [...] b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; [...] g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales<sup>61</sup>.

24. Il a été signalé que pendant la négociation du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, en 1987, on s'est demandé si son article 4 (Réglementation des échanges commerciaux avec les États non parties au Protocole) était compatible avec les règles du GATT sur le libre-échange. Cependant, cette question ne semble pas avoir donné lieu à une réelle controverse<sup>62</sup>, contrairement aux rapports du Groupe spécial du GATT chargé du règlement des différends relatifs à l'affaire « thon-dauphin » (*États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, Mexique c. États-Unis d'Amérique* et *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon, Communauté économique européenne et Pays-Bas c. États-Unis d'Amérique*)<sup>63</sup>, qui ont suscité des discussions passionnées sur le commerce et

<sup>60</sup> Voir S. Murase, « Unilateral measures and the concept of opposability in international law », Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, *Thesaurus Acroasium. Might and Right in International Relations*, vol. 28, K. Koufa (dir.), Thessalonique, Sakkoulas Publications, 1999, p. 397 à 454.

<sup>61</sup> Voir, en général, sur la question du commerce et de l'environnement, Murase, « Perspectives from international economic law ... » et « Conflict of international regimes ... » (*supra* note 29).

<sup>62</sup> P.M. Lawrence, « International legal regulations for the protection of the ozone layer: some problems of implementation », *Journal of Environmental Law*, vol. 2, 1990, p. 17 à 52.

<sup>63</sup> GATT, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS21/R-39S/155, 3 septembre 1991, (Thon-dauphin I, non adopté); GATT, Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R, 16 juin 1994 (Thon-dauphin II, non adopté). Voir également T.J. Schoenbaum, « Free international trade and protection of the

l'environnement dans le monde entier. Dans les deux affaires, l'interprétation des alinéas b) et g) du paragraphe 1 de l'article XX du GATT était au cœur du débat.

25. En 1995, l'OMC a été créée par l'Accord de Marrakech, auquel le GATT a été incorporé, en annexe, sans changement substantiel. Le premier alinéa du préambule de l'Accord dispose que l'OMC vise à concilier les objectifs du commerce et du développement avec les besoins écologiques « conformément à l'objectif de développement durable ». En cela, il ajoute une nouvelle dimension à la question du commerce et de l'environnement. Le Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC a été créé « pour faire en sorte que les politiques en matière de commerce international et les politiques environnementales se renforcent mutuellement »<sup>64</sup>, et, dans son rapport à la Conférence ministérielle de Singapour, en 1996, a réaffirmé sa position, déclarant que le système de l'OMC et la protection de l'environnement étaient « deux domaines [importants] de l'élaboration de politiques [...] et [qu']ils devraient s'étayer mutuellement afin de promouvoir le développement durable »<sup>65</sup>, ajoutant que les accords adoptés dans ces domaines « [traduisaient] les efforts déployés par la communauté internationale pour réaliser des objectifs communs et [qu'il fallait] tenir dûment compte des uns et des autres en établissant entre eux des relations qui s'[étayaient] mutuellement »<sup>66</sup>. Le concept de soutien mutuel étant de plus en plus considéré comme une norme juridique *interne* de l'OMC<sup>67</sup>, les États se sont dits convaincus, dans la Déclaration ministérielle de Doha<sup>68</sup>, que « les objectifs consistant à maintenir et à préserver un système commercial multilatéral ouvert et non discriminatoire, et à œuvrer en faveur de la protection de l'environnement et de la promotion du développement durable [pouvaient] et [devaient] se renforcer mutuellement »<sup>69</sup>.

## 2. Accords de libre-échange

26. Les accords de libre-échange réservent eux aussi une place au concept de soutien mutuel pour gérer les rapports entre le commerce et l'environnement. Par exemple, l'article 17.12 de l'Accord de libre-échange entre pays d'Amérique centrale, États-Unis et République dominicaine prévoit que les parties continuent de chercher des moyens d'améliorer le soutien mutuel des accords multilatéraux sur l'environnement et des accords commerciaux auxquels elles sont toutes parties<sup>70</sup>. Dans d'autres accords de libre-échange récents, tels que celui conclu par le Canada

---

environment: irreconcilable conflict? », *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, p. 700 à 727.

<sup>64</sup> Comité des Négociations commerciales, décision du 14 avril 1994, MTN.TNC/45(MIN), annexe II, p. 18.

<sup>65</sup> OMC, Rapport du Comité du commerce et de l'environnement, 1996, WT/CTE/1 (12 novembre 1996), par. 167.

<sup>66</sup> Ibid., par. 171.

<sup>67</sup> Pavoni, « Mutual supportiveness ... » (voir *supra* note 43), p. 652.

<sup>68</sup> Adoptée le 14 novembre 2001 à la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC, à Doha, WT/MIN(01)/DEC/1.

<sup>69</sup> Ibid., par. 6. Le « mandat énoncé au paragraphe 31 de la Déclaration ministérielle de Doha, qui vise à renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement », a été réaffirmé dans la Déclaration ministérielle de Hong Kong, adoptée le 18 décembre 2005 à la sixième Conférence ministérielle, à Hong Kong (Chine), WT/MIN(05)/DEC, par. 30.

<sup>70</sup> Signé le 5 août 2004, cet accord peut être consulté à l'adresse suivante : <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text> (consulté le 20 février 2017).

et les États de l'Association européenne de libre-échange, les parties « [ont reconnu] la nécessité de politiques commerciales et environnementales se renforçant mutuellement pour atteindre l'objectif du développement durable »<sup>71</sup>. Plus récemment, l'Accord économique et commercial global conclu entre le Canada d'une part et l'Union européenne et ses États membres d'autre part<sup>72</sup>, prévoit dans le chapitre 24 (Commerce et environnement), au paragraphe 1 de son article 24.4, que « [les] Parties reconnaissent l'intérêt de la gouvernance et des accords internationaux en matière d'environnement en tant que réponse de la communauté internationale aux problèmes environnementaux mondiaux ou régionaux, et elles soulignent la nécessité de renforcer la complémentarité des politiques, des règles et des mesures en matière de commerce et d'environnement ».

### 3. Accords multilatéraux sur l'environnement

27. Le concept de soutien mutuel est intégré à des accords multilatéraux sur l'environnement portant sur la protection de l'atmosphère. Ainsi, le paragraphe 5 de l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques dispose qu'« [i]l appartient aux Parties de travailler de concert à un système économique international qui soit porteur et ouvert et qui mène à une croissance économique et à un développement durables de toutes les Parties, en particulier des pays en développement parties, pour leur permettre de mieux s'attaquer aux problèmes posés par les changements climatiques ». Il est également affirmé dans le préambule de la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants que cette dernière « et d'autres accords internationaux dans le domaine du commerce et de l'environnement concourent au même objectif »<sup>73</sup>. La Convention de Minamata sur le mercure<sup>74</sup> fait également référence au soutien mutuel, en des termes comparables.

### 4. Règlement des différends

28. La première affaire traitée par l'Organe de règlement des différends et l'Organe d'appel de l'OMC dans laquelle un lien a été établi entre le commerce et l'atmosphère dans le contexte du droit de l'OMC était l'affaire *Gasoline* (1996)<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États de l'Association européenne de libre-échange (Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse) a été signé à Davos (Suisse) le 26 janvier 2008. Il peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/canada/EFTA-Canada%20Free%20Trade%20Agreement%20FR.pdf> (consulté le 20 février 2017).

<sup>72</sup> *Journal officiel de l'Union européenne* L11, 14 janvier 2017, p. 23 à 1079. Voir également l'Accord de partenariat transpacifique, dont la version authentifiée a été publiée le 26 janvier 2016 et qui dispose, au paragraphe 1 de son article 20.2, que le chapitre sur l'environnement vise à « promouvoir des politiques commerciales et environnementales qui se renforcent mutuellement, à promouvoir un degré élevé de protection de l'environnement et l'application efficace des lois environnementales, et à accroître la capacité des Parties de trouver des solutions aux problèmes environnementaux se rapportant au commerce, y compris par la coopération ». Cet accord n'est pas encore entré en vigueur. Le texte complet peut en être consulté à l'adresse suivante : <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> (consulté le 20 février 2017).

<sup>73</sup> *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 2256, n° 40214, p. 119.

<sup>74</sup> Voir document UNEP(DTIE)/Hg/CONF/3.

<sup>75</sup> Voir la note 52 plus haut. Dans cette espèce, le Brésil et le Venezuela (République bolivarienne du) ont prié l'Organe de règlement des différends d'examiner la compatibilité de la Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique (*Clean Air Act*) et des « méthodes d'établissement des niveaux

L'Organe d'appel a conclu, s'agissant de l'interprétation qui avait été faite de l'article XX g) du GATT, que l'air pur était une « ressource naturelle » qui pouvait être « épuisée »<sup>76</sup>. L'importance de la décision tenait à la force avec laquelle les principes et règles du droit international y étaient invoqués. Critiquant le rapport du Groupe spécial, l'Organe d'appel a déclaré ce qui suit :

De l'avis de l'Organe d'appel, ce qui pose surtout problème en ce qui concerne la façon dont le Groupe spécial a appliqué l'article XX g) [...] est qu'il a négligé une règle fondamentale de l'interprétation des traités. Cette règle a été formulée de manière succincte dans un texte qui fait autorité, la [Convention de Vienne] [...] Tous les participants et les participants tiers se sont fondés sur la « règle générale d'interprétation » énoncée [à l'article 31 de la Convention de Vienne], mais pas toujours au sujet de la même question. La règle générale d'interprétation est devenue une règle du droit international coutumier ou général. En tant que telle, elle fait partie des « règles coutumières d'interprétation du droit international public » que l'Organe d'appel a pour instruction, en vertu de l'article 3 2) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, d'appliquer lorsqu'il s'emploie à clarifier les dispositions de l'Accord général et des autres « accords visés » [...] Cette instruction est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public<sup>77</sup>.

Comme indiqué plus haut (par. 20), l'Organe d'appel a souligné qu'il importait d'adopter une interprétation systémique, dans la logique du soutien mutuel et du développement durable. L'affaire *Gasoline* est à la fois un excellent exemple de l'application du principe du soutien mutuel et un cas dans lequel le droit relatif à la protection de l'atmosphère a contribué, plus largement, au développement du droit international.

29. L'affaire « crevettes-tortues »<sup>78</sup> illustre également les liens que le droit de l'OMC présente avec la protection de l'environnement, et bien qu'il n'y ait pas été directement question de pollution atmosphérique, les principes généraux relatifs à l'environnement qui y ont été appliqués intéressent le sujet examiné. La question du soutien mutuel entre les régimes en matière de commerce et d'environnement était au cœur de cette affaire<sup>79</sup>. L'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe

---

de base » de la « réglementation sur l'essence » promulguée par l'Agence américaine pour la protection de l'environnement (Environment Protection Agency) au regard des dispositions applicables du GATT et des textes de l'OMC. Le *Clean Air Act* et la réglementation y relative (modifiés en 1990) visent à prévenir et contrôler la pollution atmosphérique aux États-Unis en fixant des normes de qualité de l'essence et d'émissions des véhicules à moteur. Voir notre premier rapport (A/CN.4/667), par. 49.

<sup>76</sup> Voir le rapport de l'Organe d'appel de l'OMC (note 52, *supra*), p. 16, citant le rapport du Groupe spécial.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 18 et 19. Voir également D. M. McRae, « GATT article XX and the WTO Appellate Body », in M. Bronkers et R. Quick (dir.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2000, p. 219 à 236; J. Gomula, « Environmental disputes in the WTO », in M. Fitzmaurice, D. Ong et P. Merkouris (dir.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 401 à 425.

<sup>78</sup> Voir note 49, *supra*. Voir Gomula, « Environmental disputes... » (note 77, *supra*), p. 408 à 411.

<sup>79</sup> Voir H. Ruiz Fabri, « Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles », *Revue générale de droit international public*,

spécial et dit que, bien qu'elles puissent faire l'objet de la justification provisoire prévue par l'article XX g), les mesures des États-Unis en cause ne satisfaisaient pas aux prescriptions énoncées dans le texte introductif de l'article XX. Il a expressément visé le principe du soutien mutuel et affirmé que ce principe était étroitement lié à l'objectif de développement durable inscrit dans le préambule de l'Accord sur l'OMC. Guidé par ce principe, il s'est employé à trouver un juste équilibre lorsqu'il a interprété le texte introductif de l'article XX, aux termes duquel les exceptions à cet article ne doivent pas être « appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ». Selon lui, ce texte introductif était « une façon d'exprimer le principe de la bonne foi »<sup>80</sup> et, par conséquent, son objectif fondamental était de prévenir l'abus des exceptions prévues à l'article XX et de maintenir l'équilibre des droits et des obligations dans le système juridique de l'OMC. Les États-Unis n'ayant pas entamé de véritables négociations multilatérales avec les États soucieux de conclure des accords visant à protéger les tortues marines, il a estimé que la mesure des États-Unis en cause ne faisait pas partie des mesures autorisées au titre du texte introductif de l'article XX. En bref, dans cette affaire qui fait date, l'Organe d'appel a considéré que le soutien mutuel était une norme interne au système juridique de l'OMC, et non un emprunt à des sources externes, affirmant que « (l)a nécessité d'entreprendre de tels efforts [de concertation et de coopération], et leur opportunité, ont été reconnues à l'OMC elle-même ainsi que dans un nombre considérable d'autres instruments et déclarations internationaux »<sup>81</sup>.

30. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 21 décembre 2011 en l'affaire *Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change*<sup>82</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu la validité de la Directive 2008/101/EC de l'Union européenne modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission à effet de serre<sup>83</sup>. L'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2012, de certaines parties de cette directive concernant les compagnies aériennes des pays membres de l'Union européenne et des pays tiers pénétrant dans l'espace aérien européen ou le quittant a eu des incidences sur le commerce international et, de ce fait, été la cause de tensions internationales. Bien que la Cour ait jugé le système communautaire d'échange de quotas d'émission compatible avec le droit

vol. 111, n° 1, 2017, p. 79; N. Bernasconi-Osterwalder, « Interpreting WTO law and the relevance of multilateral environmental agreements in *EC-Biotech* », note accompagnant l'exposé présenté au British Institute of International and Comparative Law lors de la septième conférence annuelle sur l'OMC (22-23 mai 2007), p. 9 et 11.

<sup>80</sup> Affaire « crevettes-tortues » (voir note 49, *supra*), par. 158.

<sup>81</sup> *Ibid.*, par. 168.

<sup>82</sup> Arrêt de la Cour (grande chambre), 21 décembre 2011, affaire C-366/10, *Recueil de jurisprudence de la Cour de justice (2011)*; J. Meltzer, « Climate change and trade – The EU Aviation Directive and the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 15, n° 1, 2012, p. 111 à 156; L. Bartels, « The WTO legality of the application of the EU's Emission Trading System to aviation », *European Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2012, p. 429 à 467; A. Piera Valdes, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation: Legal and Policy Analysis*, La Haye, Eleven International Publishing, 2015.

<sup>83</sup> Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 8, 13 janvier 2009.

international et les accords aériens, la directive susmentionnée pourrait toutefois être attaquée au motif qu'elle viole le droit de l'OMC. Pour concilier les mesures relatives aux changements climatiques et les règles de l'OMC, un juste équilibre doit être trouvé entre la nécessité de donner aux membres de l'OMC la marge de manœuvre décisionnelle dont ils ont besoin pour prendre des mesures propres à réduire les émissions de gaz à effet de serre et celle de maintenir un système commercial ouvert et non discriminatoire qui favorise la croissance économique et la prospérité à l'échelle mondiale. Face aux vives critiques émises par des pays tiers, l'Union européenne a, depuis, suspendu temporairement l'application du système d'échange de quotas d'émission pour les vols en provenance ou à destination de pays non européens (décision n° 377/2013/UE du 24 avril 2013 et règlement (UE) n° 421/2014 du 16 avril 2014), en attendant la mise en œuvre du régime mondial de mesures basées sur le marché adopté par l'Assemblée de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) sous la forme d'un programme de compensation et de réduction des émissions de carbone pour l'aviation internationale, qui devrait entrer en vigueur en 2021 pour les pays volontaires, puis devenir obligatoire à partir de 2027 (résolution A39-3 de l'Assemblée de l'OACI). Cependant, les mesures en question pourraient être attaquées par des pays non européens devant d'autres instances, ce qui mettrait en lumière le conflit entre commerce et environnement, conflit qui doit être réglé dans un esprit de conciliation et conformément au principe du soutien mutuel<sup>84</sup>.

## B. Droit international de l'investissement

31. Comme dans le domaine du droit commercial international, l'importance que revêtent le développement durable et le soutien mutuel au regard de la protection de l'investissement et de l'environnement est de plus en plus admise en droit international de l'investissement<sup>85</sup>. L'acte de commerce est essentiellement une opération ponctuelle entre des parties (un vendeur et un acquéreur) dont la relation contractuelle cesse d'exister dès lors que l'opération est achevée. À l'inverse, l'investissement requiert généralement un engagement à long terme entre les parties (l'investisseur et l'entité dans laquelle celui-ci investit), si bien que la place accordée à la protection de l'environnement dans les accords internationaux d'investissement peut être beaucoup plus importante dans le domaine de l'investissement que dans celui du commerce. L'accord multilatéral sur l'investissement proposé par l'Organisation de coopération et de développement

<sup>84</sup> Sur les litiges potentiels concernant le système communautaire d'échange de quotas d'émission portés devant le Conseil de l'OACI, voir J. Bae, « Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, n° 1, 2013, p. 65 à 81. Concernant les activités menées par l'OACI pour lutter contre les changements climatiques dans le domaine de l'aviation, voir la résolution A39-3 de l'Assemblée, intitulée « Exposé récapitulatif de la politique permanente et des pratiques de l'OACI dans le domaine de la protection de l'environnement – Régime mondial de mesures basées sur le marché (MBM) », qu'elle a adoptée à sa trente-neuvième session, tenue à Montréal du 27 septembre au 6 octobre 2016; T. Ahmad, « Environmental law: emissions », in P. S. Dempsey et R. S. Jakhu (dir.), *Routledge Handbook of Public Aviation Law*, London, Routledge, 2017, p. 243 à 248.

<sup>85</sup> Nous tenons à exprimer toute notre reconnaissance à Yuka Fukunaga, professeur à l'Université Waseda, qui a fourni la documentation nécessaire et rédigé les parties du présent rapport relatives au droit international de l'investissement.

économiques aurait établi des règles mondiales en matière d'investissement, si les négociations le concernant n'avaient pas échoué en 1998<sup>86</sup>. Le droit international de l'investissement a aujourd'hui deux principales sources : les accords de libre-échange et les traités d'investissement bilatéraux. Les accords et traités en vigueur qui comportent des dispositions régissant l'investissement direct étranger seraient actuellement au nombre de 358 et de 2 946, respectivement<sup>87</sup>. Ce corpus de droit international de l'investissement définit les droits de l'investisseur étranger dans le pays d'accueil. D'une manière générale, il précise le sens des termes « national » et « traitement de la nation la plus favorisée » et garantit un « traitement juste et équitable » dans les affaires d'expropriation<sup>88</sup>. S'il peut arriver qu'elles entrent en conflit, la protection de l'investissement (ou de l'investisseur) étranger et celle de l'environnement peuvent et doivent cependant être conciliées, en vertu du principe du soutien mutuel<sup>89</sup>.

## 1. Pratique conventionnelle

32. Parmi les accords de libre-échange, le plus remarquable, parce qu'y sont prises en compte un certain nombre de dispositions et d'institutions importantes en matière de protection de l'environnement, est peut-être l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), conclu par le Canada, les États-Unis et le Mexique. Le chapitre 11 (« Investissement »), qui règle différents aspects de la protection des investissements et des investisseurs étrangers (art. 1101 à 1105), comporte également des dispositions touchant à la protection de l'environnement, notamment le paragraphe 6 de son article 1106, qui traite de l'exception qui peut être faite aux restrictions visant les « prescriptions de résultats », et son article 1110, relatif à

<sup>86</sup> Disponible à l'adresse suivante : [www.oecd.org/fr/investissement/accordssurlinvestissementinternational/accordmultilateralsurlinvestissement.htm](http://www.oecd.org/fr/investissement/accordssurlinvestissementinternational/accordmultilateralsurlinvestissement.htm) (consulté le 20 février 2017).

<sup>87</sup> Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *World Investment Report 2016; Investor Nationality: Policy Challenges* (publication des Nations Unies, numéro de vente E.16.II.D.4), p. 20. Disponible à l'adresse suivante : [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf) (consulté le 20 février 2017).

<sup>88</sup> T. J. Schoenbaum et M. K. Young, *International Environmental Law: Cases, Materials, and Problems*, 2<sup>e</sup> éd., New Providence, LexisNexis, 2014, p. 644 à 655.

<sup>89</sup> P.-M. Dupuy et J. E. Viñuales (dir.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2013; J. E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2012; T. L. Slater, « Investor-State arbitration and domestic environmental protection », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 14, 2015, p. 131 à 154; C. L. Beharry et M. E. Kuritzky, « Going Green: managing the environment through international investment arbitration », *American University International Law Review*, vol. 30, 2015, p. 383 à 429; M. Condon, « The integration of environmental law into international investment treaties and trade agreements: negotiation process and the legalization of commitments », *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 33, 2015, p. 102 à 152; K. Gordon et J. Pohl, « Environmental concerns in international investment agreements: a survey », documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, n° 2011/1; S. Baughen, « Expropriation and environmental regulation: the lessons of NAFTA chapter eleven », *Journal of Environmental Law*, vol. 18, 2006, p. 207 à 228; O. K. Fauchald, « International investment law and environmental protection », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 17, n° 1, 2006, p. 3 à 47.

l'expropriation et à l'indemnisation<sup>90</sup>. On notera tout particulièrement qu'il est dit au paragraphe 1 de l'article 1114 (« Mesures environnementales ») qu'« aucune disposition du présent chapitre [relatif à l'investissement] ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement »<sup>91</sup>.

Bien qu'il n'aille pas jusqu'à justifier des mesures par ailleurs contraires aux dispositions du chapitre en question, ce paragraphe confirme qu'il n'est pas interdit aux parties de prendre les mesures de protection de l'environnement qui sont nécessaires, pour autant qu'elles respectent les obligations découlant dudit chapitre. Le paragraphe 2 de l'article 1114, qui enjoint les parties de ne pas encourager l'investissement en adoucissant leur réglementation en matière d'environnement, se lit comme suit :

Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. La Partie qui estime qu'une autre Partie a offert un tel encouragement pourra demander la tenue de consultations, et les deux Parties se consulteront en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné.

Il vise à faire en sorte que les parties ne se livrent pas à une « concurrence par le bas » (« *race to the bottom* ») pour attirer l'investissement étranger. Outre les dispositions de l'article 1114, l'ALENA prévoit la primauté de certains accords en matière d'environnement et de conservation.

33. Le paragraphe 1 de l'article 104 de l'ALENA est ainsi libellé :

En cas d'incompatibilité entre le présent accord et les obligations spécifiques que prescrivent en matière de commerce

a) la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, faite à Washington le 3 mars 1973 et modifiée le 22 juin 1979,

<sup>90</sup> Le paragraphe 6 de l'article 1106 de l'ALENA se lit comme suit : « Aucune disposition des alinéas 1 b) ou c) ou 3 a) ou b) ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures, notamment des mesures de protection de l'environnement,

a) nécessaires à l'application des lois et des règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord,

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou

c) nécessaires à la conservation des ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques, sous réserve que lesdites mesures ne soient pas appliquées de façon arbitraire ou injustifiée, ni ne constituent une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement. »

<sup>91</sup> Aux termes de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 1110 de l'ALENA, il peut être fait exception à la règle interdisant l'expropriation d'un investissement étranger si « une raison d'intérêt public » (dont la protection de l'environnement) l'impose.

b) le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, fait à Montréal le 16 septembre 1987 et modifié le 29 juin 1990,

c) la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, faite à Bâle le 22 mars 1989, dès son entrée en vigueur pour le Canada, le Mexique et les États-Unis, ou

d) les accords visés à l'annexe 104.1,

ces obligations prévaudront dans la mesure de l'incompatibilité, si ce n'est que, s'agissant de se conformer auxdites obligations, toute Partie devra choisir, parmi les moyens également efficaces et raisonnablement accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord<sup>92</sup>.

34. L'un des accords de libre-échange les plus récents est l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres, signé lors du Sommet UE-Canada, le 30 octobre 2016<sup>93</sup>. Compte tenu de la préoccupation, exprimée récemment, selon laquelle les accords d'investissement et les arbitrages en la matière nuiraient à l'autonomie réglementaire des États<sup>94</sup>, l'importance du droit de réglementer les questions relatives à l'environnement y a été explicitement admise. Par exemple, il est confirmé à l'alinéa d) du paragraphe 2 de l'article 8.4 que les mesures « visant à assurer la conservation et la protection des ressources naturelles et de l'environnement, y compris une limitation concernant la disponibilité, le nombre et la portée des concessions accordées, ainsi que l'imposition d'un moratoire ou d'une interdiction » sont conformes au paragraphe 1 de cet article, lequel dispose qu'une partie ne doit adopter ni maintenir de mesures imposant des limitations ou des restrictions « en ce qui concerne l'accès aux marchés par l'établissement d'un investisseur de l'autre Partie ». En outre, aux termes du paragraphe 1 de l'article 8.9, « les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle ».

35. En particulier, il est dit au paragraphe 4 de l'article 8.9 qu'« aucune disposition de la présente section n'est interprétée comme empêchant une Partie de mettre fin à l'octroi d'une subvention ou de demander son remboursement

<sup>92</sup> Les accords visés à l'annexe 104.1 de l'ALENA sont l'Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Canada concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux, et l'accord de coopération entre les États-Unis du Mexique et les États-Unis d'Amérique intitulé « Agreement between the United States of America and the United Mexican States for the Protection and Improvement of the Environment in the Border Area ».

<sup>93</sup> Cet accord n'est pas encore entré en vigueur, mais le texte est disponible à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_fr.htm) (consulté le 20 février 2017).

<sup>94</sup> Voir, par exemple, C. Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2015, p. 1 à 4; et J. Bonnitcha, *Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2014, p. 113 à 133.

lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour se conformer aux obligations internationales entre les Parties ». Ce paragraphe a sans doute été adopté face à la multiplication des demandes d'arbitrage entre investisseurs et État déposées contre l'Espagne par suite de la réduction des tarifs de rachat d'électricité qu'elle garantissait. L'importance du droit de réglementer est également affirmée aux paragraphes 2 et 9 de l'Instrument interprétatif commun concernant l'Accord. En particulier, le paragraphe 9 traite directement de la question des changements climatiques, dans les termes suivants :

9. Protection de l'environnement

a) Aux termes de l'[Accord], l'Union européenne et ses États membres ainsi que le Canada sont tenus d'assurer et d'encourager des niveaux élevés de protection de l'environnement, et de s'efforcer d'améliorer continuellement leur législation et leurs politiques en la matière de même que les niveaux de protection sur lesquels elles reposent;

b) L'[Accord] reconnaît expressément au Canada ainsi qu'à l'Union européenne et à ses États membres le droit de définir leurs propres priorités environnementales, d'établir leurs propres niveaux de protection de l'environnement et d'adopter ou de modifier en conséquence leur législation et leurs politiques en la matière, tout en tenant compte de leurs obligations internationales, y compris celles prévues par des accords multilatéraux sur l'environnement. Parallèlement, l'Union européenne et ses États membres ainsi que le Canada sont convenus, dans l'[Accord], de ne pas baisser les niveaux de protection de l'environnement afin de stimuler le commerce ou l'investissement et, en cas de violations de cet engagement, les gouvernements peuvent remédier à ces violations, qu'elles aient ou non des effets défavorables sur un investissement ou sur les attentes de profit d'un investisseur;

c) L'[Accord] comporte des engagements en faveur d'une gestion durable des forêts, des pêches et de l'aquaculture, ainsi que des engagements de coopérer sur des questions environnementales d'intérêt commun liées au commerce, telles que le changement climatique, pour lequel la mise en œuvre de l'Accord de Paris constituera une importante responsabilité partagée de l'Union européenne et de ses États membres ainsi que du Canada.

36. L'Accord économique et commercial global comprend d'autres dispositions qui ne portent pas expressément sur l'environnement mais interdisent de prendre certaines mesures arbitraires ou injustifiables contraires aux obligations des parties. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 8.10 dispose qu'« [u]ne Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable [...] lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue », notamment, « un cas d'arbitraire manifeste », « une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites » ou « un traitement abusif des investisseurs ». En ce qui concerne l'expropriation indirecte, le paragraphe 3 de l'annexe 8-A dispose que « sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte ». En outre, l'Accord, suivant l'évolution observée récemment dans les accords de libre-échange et traités

d'investissement bilatéraux, incorpore au chapitre consacré à l'investissement l'exception générale visée à l'article XX du GATT ou une disposition équivalente<sup>95</sup>.

37. L'ALENA et l'Accord économique et commercial global ne sont pas les seuls à reconnaître la nécessité du soutien mutuel et du développement durable. La plupart des accords de libre-échange et traités d'investissement bilatéraux en vigueur actuellement contiennent des dispositions visant d'une manière ou d'une autre à protéger l'environnement. Par exemple, plusieurs traités de ce type conclus par le Canada, la Colombie et les États-Unis comportent une disposition semblable au paragraphe 1 de l'article 1114 de l'ALENA et à l'article 8.9 de l'Accord économique et commercial global, confirmant le droit des parties de régler les questions d'environnement<sup>96</sup>. En outre, ils disposent souvent, comme le paragraphe 2 de l'article 1114 de l'ALENA, qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement<sup>97</sup>. De plus, certains de ceux conclus par le Canada consacrent expressément l'importance du développement durable. Par exemple, il est dit dans le préambule de l'accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée que les parties ont résolu « de promouvoir le développement durable » et le paragraphe 2 de son article 17.1 dispose que « le développement économique et la protection de l'environnement sont interdépendants et sont des composantes du développement durable qui se renforcent mutuellement ». On relèvera également, en particulier dans les accords de libre-échange conclus par le Canada, la pratique de donner aux arbitres des directives d'interprétation précisant que les mesures de protection de l'environnement ne constituent que rarement une expropriation indirecte<sup>98</sup>. De même, les traités d'investissement bilatéraux conclus par la Colombie disposent souvent que les mesures prises de bonne foi pour le bien commun ou dans l'intérêt de la société, telles que les mesures de protection de l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte, pour autant qu'elles

---

<sup>95</sup> Art. 28.3, par. 1, confirmant que « l'article XX g) du GATT de 1994 s'applique aux mesures pour la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques ». Voir également art. 28.3, par. 2.

<sup>96</sup> Voir par exemple Accord de libre-échange entre pays d'Amérique centrale, États-Unis et République dominicaine, art. 10.11; Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, art. 12, par. 2; Accord de libre-échange Canada-Corée, art. 8.10, par. 1; Accord bilatéral entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République de Colombie pour la promotion et la protection des investissements, art. VIII; Accord entre le Japon et la République de Colombie pour la libéralisation, la promotion et la protection des investissements, art. 21, par. 2.

<sup>97</sup> Voir par exemple Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, art. 12, par. 1; Accord de libre-échange Canada-Corée, art. 8.10, par. 2; Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements, art. 15, par. 1; Accord entre le Japon et la République de Colombie pour la libéralisation, la promotion et la protection des investissements, art. 21, par. 1.

<sup>98</sup> Voir, par exemple, Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée, annexe 8-B, par. d); Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements, annexe B.10.

ne soient pas discriminatoires, arbitraires ni disproportionnées au vu de leur objectif<sup>99</sup>.

38. Certains accords de libre-échange comprennent également une disposition équivalente au paragraphe 1 de l'article 104 de l'ALENA, qui définit sa relation avec les accords sur l'environnement. Par exemple, l'article 1.3 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée prévoit ce qui suit :

En cas d'incompatibilité entre les obligations d'une Partie au titre du présent Accord et les obligations de cette Partie au titre d'un accord énuméré à l'annexe 1-A, une Partie n'est pas empêchée de prendre une mesure particulière qui est nécessaire au respect de ses obligations au titre d'un accord énuméré à l'annexe 1-A, à condition que la mesure ne soit pas appliquée de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable dans les cas où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international<sup>100</sup>.

Le paragraphe 3 de l'article 11 de l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Barbade concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements dispose que « [l]es Parties contractantes réaffirment les engagements auxquels elles ont souscrit dans le cadre d'accords internationaux en matière d'environnement [et qu'e]lles veilleront à ce que lesdits engagements soient pleinement reconnus et appliqués dans leur législation nationale ».

39. Certains accords de libre-échange et traités d'investissement bilatéraux vont encore plus loin et prévoient une exception justifiant les mesures de protection de l'environnement autrement contraires aux obligations conventionnelles des Parties. Par exemple, l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection des investissements, entré en vigueur en septembre 2016, prévoit au paragraphe 1 de son article 17 l'exception générale suivante : « Pourvu que ces mesures ne soient pas appliquées de façon arbitraire ou injustifiée, ou qu'elles ne constituent pas une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher une Partie d'adopter ou de maintenir, y compris à l'égard de l'environnement, des mesures qui », par exemple, « sont nécessaires à la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux ou à la préservation des végétaux ». De même, le paragraphe 1 de l'article 15 de l'accord entre le Japon et la République de Colombie sur la libéralisation, la promotion et la protection de l'investissement dispose ce qui suit :

<sup>99</sup> Voir, par exemple, Accord bilatéral entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République de Colombie pour la promotion et la protection des investissements, art. VI, par. 2 c).

<sup>100</sup> Les accords énumérés à l'annexe 1-A sont les suivants : « a) La Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, Washington, 3 mars 1973, telle qu'amendée le 22 juin 1979; b) Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, Montréal, le 16 septembre 1987, tel qu'amendé le 29 juin 1990, le 25 novembre 1992, le 17 septembre 1997 et le 3 décembre 1999; c) La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, Bâle, 22 mars 1989; d) La Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international, faite à Rotterdam, 10 septembre 1998; e) La Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, Stockholm, 22 mai 2001 ».

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées par une Partie contractante de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable envers l'autre Partie contractante, soit une restriction déguisée aux investissements d'agents économiques de cette autre Partie contractante sur le territoire de la première Partie contractante, rien dans le présent Accord [...] ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application, par la première Partie contractante, des mesures [...] nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, notamment des mesures de protection de l'environnement.

Les accords de libre-échange et traités d'investissement bilatéraux susmentionnés contiennent généralement des dispositions comparables à celles des traités types adoptés par le Canada (2004)<sup>101</sup>, la Colombie (2007)<sup>102</sup> et les États-Unis (2012)<sup>103</sup>. De plus, le préambule du Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (révisé en 2006)<sup>104</sup> de l'Institut international du développement durable, utilisé pour l'élaboration de tels instruments, dispose que « la promotion des investissements durables est essentielle au développement futur des économies nationales et mondiale ainsi qu'à la poursuite des objectifs nationaux et mondiaux pour le développement durable ». Dans le même ordre d'idées, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement a proposé des solutions pour intégrer le concept de développement durable aux accords de libre-échange et traités d'investissement bilatéraux<sup>105</sup>.

## 2. Affaires d'arbitrage

40. Dans plusieurs affaires d'arbitrage en matière d'investissement, il a été dit que des mesures de protection de l'environnement contrevenaient aux obligations découlant des accords de libre-échange et des traités d'investissement bilatéraux, en particulier l'obligation de traitement juste et équitable. Une jurisprudence a vu le jour en particulier dans le cadre de l'ALENA, selon laquelle le droit d'un État de réglementer les questions d'environnement doit être respecté au moins dans une certaine mesure lors de l'examen concernant le respect de cette obligation. Par

<sup>101</sup> Disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/sites/default/files/files/italaw8237.pdf> (consulté le 20 février 2017).

<sup>102</sup> Disponible à l'adresse [www.italaw.com/documents/inv\\_model\\_bit\\_colombia.pdf](http://www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf) (consulté le 20 février 2017).

<sup>103</sup> Disponible à l'adresse [www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf) (consulté le 20 février 2017).

<sup>104</sup> H. Mann et coll., *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD) : guide du négociateur*, révisé et traduit en 2006, Winnipeg, 2006, disponible à l'adresse suivante : [http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment\\_model\\_int\\_handbook\\_fr.pdf](http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment_model_int_handbook_fr.pdf) (consulté le 20 février 2017). L'Institut est une organisation non gouvernementale indépendante à but non lucratif, qui intervient occasionnellement à titre d'*amicus curiae* devant les tribunaux internationaux de règlement des différends en matière d'investissement.

<sup>105</sup> Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, p. 91 à 121, disponible à l'adresse [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf) (consulté le 20 février 2017). Voir également P. Muchlinski, « Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development », in *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. Hindelang et M. Krajewski, dir., Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 41 à 64.

exemple, dans *S.D. Myers, Inc. c. le Gouvernement du Canada*<sup>106</sup>, un investisseur des États-Unis a attaqué un décret-loi canadien interdisant l'exportation de polychlorobiphényles et de déchets connexes, invoquant une violation notamment de l'obligation de traitement juste et équitable visée à l'article 1105 de l'ALENA. L'interdiction canadienne était supposée motivée par le danger considérable que ces produits présentaient pour l'environnement, la vie et la santé humaines. Le tribunal arbitral a jugé qu'elle visait principalement à protéger de la concurrence américaine le secteur canadien de l'élimination des polychlorobiphényles et n'avait aucun fondement légitime. Interprétant les dispositions de l'ALENA, le tribunal a fait référence à plusieurs accords sur la protection de l'environnement, notamment l'Accord entre le Canada et les États-Unis concernant les déplacements transfrontaliers de déchets dangereux, la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination et l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, déclarant ce qui suit :

Il convient d'interpréter l'ALENA à la lumière des principes généraux suivants :

- Les Parties ont le droit d'établir un degré élevé de protection de l'environnement. Elles ne sont pas obligées de transiger sur leurs normes pour accommoder les intérêts politiques ou économiques d'autres États;
- Les Parties doivent éviter de fausser le marché;
- La protection de l'environnement peut et doit se faire dans un esprit de soutien mutuel<sup>107</sup>.

Le tribunal a en outre déclaré que, pour qu'il y ait violation de l'article 1105, il fallait démontrer qu'un investisseur avait été traité d'une façon *injuste ou arbitraire* au point où ce traitement est inacceptable d'un point de vue international, et qu'en examinant l'article 1105, il convenait de tenir compte du *grand respect* que le droit international accorde généralement au droit de réglementer les questions internes et également de toute règle spécifique de droit international applicable en l'espèce<sup>108</sup>.

41. Les autres procédures concernant des investissements dans le cadre de l'ALENA suivent le principe général du soutien mutuel entre protection de l'investissement étranger et protection de l'environnement, ainsi que l'interprétation de la norme du traitement juste et équitable énoncée dans *S.D. Myers*, bien que la jurisprudence ne soit pas toujours cohérente<sup>109</sup>. Dans la sentence prononcée en 2015

<sup>106</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), première sentence partielle et opinion dissidente de M. Bryan Schwartz (12 et 13 novembre 2000 respectivement). Voir P. Sands et J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3<sup>e</sup> éd., Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2012, p. 876 à 885.

<sup>107</sup> Première sentence partielle, par. 220. Dans la seconde sentence partielle, du 21 octobre 2002, le requérant s'est vu accorder 6,05 millions de dollars canadiens de dommages, plus intérêts.

<sup>108</sup> Première sentence partielle, par. 263 (les italiques sont de nous).

<sup>109</sup> Voir, par exemple, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (ALENA), *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, affaire n° ARB(AF)/98/2, sentence, 2 juin 2000; CIRDI, *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, affaire n° ARB(AF)/97/1, sentence, 30 août 2000; CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, affaire n° ARB(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003; CIRDI, *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru*, affaire n° ARB/03/4, sentence, 7 février 2005; CNUDCI (ALENA), *Methanex Corporation v. United States of America*,

en l'affaire *Bilcon of Delaware and others v. Canada*<sup>110</sup>, le tribunal a suivi ses prédécesseurs, notamment celui qui avait statué en l'affaire *S.D. Myers*, déclarant que l'article 1105 ne s'appliquait qu'à partir d'un seuil très élevé<sup>111</sup>, et souscrit à l'interprétation du tribunal en l'affaire *Waste Management*<sup>112</sup>.

42. L'interprétation de l'article 1105 dans les affaires *S.D. Myers* et *Waste Management* et d'autres procédures menées dans le cadre de l'ALENA a également été suivie dans des décisions récentes en matière d'énergies renouvelables<sup>113</sup>.

43. Dans les décisions ne portant pas sur l'ALENA, le tribunal suit généralement le raisonnement de celles concernant l'ALENA, citant des affaires majeures telles que *S.D. Myers* comme s'il s'agissait de ses propres précédents, alors que des différences dans le texte des accords de libre-échange et des traités d'investissement bilatéraux donnent parfois lieu à des interprétations différentes du traitement juste et équitable. Par exemple, en 2015, dans l'affaire *Al Tamimi v. Oman*<sup>114</sup>, le tribunal a interprété l'article 10.5 (Norme minimale de traitement) de l'accord de libre-

---

sentence définitive sur la compétence et sur le fond, 3 août 2005; CNUDCI, *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, sentence partielle, 17 mars 2006; CIRDI (ALENA), *Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican States*, affaire n° ARB(AF)/05/1, sentence, 19 juin 2007; CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, affaire n° ARB/05/22, opinion concordante et dissidente, 18 juillet 2008; CNUDCI (ALENA), *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, sentence, 2 août 2010; CNUDCI (ALENA), *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, sentence, 8 juin 2009; CNUDCI (ALENA), *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, sentence, 12 janvier 2011; CIRDI, *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, affaire n° ARB/09/6, sentence, 11 mars 2011; CIRDI, *Commerce Group Corp and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador*, affaire n° ARB/09/17, sentence, 14 mars 2011; CIRDI, *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/03/15, sentence, 31 octobre 2011; CIRDI, *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire n° ARB(AF)/09/1, sentence, 22 septembre 2014; CIRDI, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, affaire n° ARB/08/6, décision provisoire sur la demande reconventionnelle relative à l'environnement, 11 août 2015; Chambre de commerce de Stockholm (Traité sur la Charte de l'énergie), *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, affaire n° 062/2012, sentence définitive, 21 janvier 2016; CIRDI, *Quiborax S.A. and Non Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, affaire n° ARB/06/2, sentence, 16 septembre 2015; CNUDCI (ALENA), Cour permanente d'arbitrage (CPA), *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, affaire n° 2012-17, sentence, 24 mars 2016. Voir Schoenbaum et Young, *International Environmental Law*... (*supra* note 88), p. 644 à 655; Sands et Peel, *Principles of International Environmental Law* (*supra* note 106), p. 876 à 883; A. Reinisch, « Expropriation », in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, dir., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 410 à 458.

<sup>110</sup> CNUDCI (ALENA), CPA, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, affaire n° 2009-04, sentence sur la compétence et la responsabilité, et opinion dissidente du professeur Donald McRae, 17 mars et 10 mars 2015, respectivement.

<sup>111</sup> CPA, affaire n° 2009-04 (voir *supra* note 110), sentence sur la compétence, par. 441.

<sup>112</sup> CIRDI (ALENA), *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, n° 2, affaire n° ARB(AF)/00/3, sentence, 30 avril 2004, par. 98, cité dans l'affaire CPA n° 2009-04 (voir *supra* note 110), sentence sur la compétence, par. 442.

<sup>113</sup> *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, par. 502; et CNUDCI (ALENA), CPA, *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, affaire n° 2013-22, sentence, 27 septembre 2016, par. 361, citant CIRDI, *Mondev International Ltd. v. United States of America*, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence, 11 octobre 2002, par. 118.

<sup>114</sup> CIRDI, *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, affaire n° ARB/11/33, sentence, 3 novembre 2015.

échange entre les États-Unis et Oman et son annexe 10-A<sup>115</sup> en suivant l'interprétation faite en l'affaire *S.D. Myers* et confirmé que la norme minimale de traitement établie en droit international coutumier imposait un seuil relativement élevé et qu'il fallait davantage qu'un écart mineur par rapport à la norme idéale pour qu'il y ait violation<sup>116</sup>. Le tribunal a noté également que l'accord de libre-échange entre les États-Unis et Oman accordait une grande importance à la protection de l'environnement, car l'article 10.10 protégeait fermement le droit de chacun des États parties d'adopter, de conserver ou d'appliquer toute mesure propre à garantir que l'investissement *se fasse dans le respect des préoccupations environnementales*<sup>117</sup>, et que l'existence même du chapitre 17 (Environnement) illustre l'importance que les Parties contractantes attachaient à l'application de leurs lois respectives sur la protection de l'environnement et leur intention de se ménager une grande latitude pour les appliquer et les faire respecter<sup>118</sup>. Le tribunal a donc conclu que pour démontrer l'existence d'une violation de la norme minimale de traitement au regard de l'article 10.5, le demandeur devait prouver que le défendeur avait agi avec un mépris flagrant des principes fondamentaux d'équité, de cohérence, de respect de la légalité et de justice naturelle que tous les États sont supposés respecter et appliquer en droit international coutumier [...] une violation de la norme minimale suppose une atteinte délibérée et flagrante à l'obligation de protéger les droits fondamentaux d'un investisseur étranger et de répondre à ses attentes légitimes<sup>119</sup>. Ayant examiné les faits de l'espèce, le tribunal a rejeté la prétention du demandeur selon laquelle le défendeur avait enfreint l'obligation de garantir un traitement juste et équitable<sup>120</sup>.

44. Outre les arbitrages concernant les accords de libre-échange, il en découle de traités d'investissement bilatéraux, où la jurisprudence sur la relation

<sup>115</sup> À l'annexe 10-A de l'accord entre le Gouvernement des États-Unis et le Gouvernement du Sultanat d'Oman instaurant une zone de libre-échange, les parties confirment qu'elles voient toutes deux le droit international coutumier, en général et plus précisément tel qu'il ressort de l'article 10.5 et de l'annexe 10-B, comme étant issu d'une pratique générale et constante que les États suivent car ils s'y sentent juridiquement tenus. En ce qui concerne l'article 10.5, la norme minimale de traitement imposée par le droit international coutumier se rapporte à tous les principes de droit international coutumier qui protègent les droits économiques et les intérêts des étrangers.

<sup>116</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, par. 382 et 384.

<sup>117</sup> *Ibid.*, par. 387. Il est dit à l'article 10.10 que rien dans le chapitre concerné ne sera interprété comme empêchant une partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure par ailleurs conforme à ce chapitre qu'elle juge nécessaire pour garantir que les activités d'investissement menées sur son territoire tiennent compte des préoccupations relatives à l'environnement.

<sup>118</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, par. 389. Par exemple, l'article 17.2, par. 1, dispose qu'aucune partie ne manquera à l'application effective de ses lois relatives à l'environnement, par une série d'actions ou d'omissions prolongées ou récurrente, d'une manière qui nuise aux échanges entre les parties après la date d'entrée en vigueur de l'Accord, et que les Parties considèrent que chacune conserve le droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour ce qui est des enquêtes, des procédures, des réglementations et du respect des dispositions, et de décider de l'affectation de ressources à l'application de règles concernant d'autres questions d'environnement qu'elle juge prioritaires. Les parties estiment donc agir conformément à l'alinéa a) lorsqu'une action ou omission revient à exercer raisonnablement ce pouvoir discrétionnaire ou résulte d'une décision prise de bonne foi concernant l'affectation des ressources.

<sup>119</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, par. 390.

<sup>120</sup> *Ibid.*, par. 394 à 453.

entre investissement et environnement varie et est souvent peu claire<sup>121</sup>. Il semble cependant que les tribunaux y reconnaissent également, de manière explicite ou implicite, qu'il faut concilier protection de l'investissement étranger et protection de l'environnement. Enfin, il convient de mentionner la première sentence arbitrale rendue quant au fond dans les affaires relatives au cadre réglementaire espagnol régissant les systèmes de production d'énergie solaire photovoltaïque. Dans *Charanne*, dans le cadre du Traité sur la Charte de l'énergie, le tribunal a commencé son examen en notant que l'obligation de garantir un traitement juste et équitable était incluse dans l'obligation plus générale de créer des conditions stables, équitables, favorables et transparentes conformément au paragraphe 1 de l'article 10 du Traité et que l'existence d'attentes légitimes de l'investisseur était un facteur pertinent pour déterminer si les mesures prises constituaient une violation dudit article<sup>122</sup>. Il a en outre déclaré qu'un investisseur pouvait à bon droit s'attendre à ce qu'en modifiant la réglementation sur la base de laquelle l'investissement avait été fait, l'État n'agisse pas de manière déraisonnable, disproportionnée ou contraire à l'intérêt public<sup>123</sup>. En d'autres termes, selon le tribunal, si un défendeur a agi de manière déraisonnable, contraire à l'intérêt public ou disproportionnée, la conclusion serait qu'il a violé les dispositions du paragraphe 1 de l'article 10<sup>124</sup>. En l'espèce, le tribunal a conclu que ce n'était pas le cas et que le défendeur n'avait pas trahi les attentes légitimes de l'investisseur<sup>125</sup>.

45. Compte tenu de l'analyse qui précède, nous proposons le projet de directive suivant :

**Projet de directive 10 : Relation entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit international du commerce et de l'investissement**

**Les États devraient prendre dans les domaines du droit commercial international et du droit international de l'investissement les mesures qui conviennent pour préserver l'atmosphère de la pollution et de la dégradation, pour autant que ces mesures ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement étranger. Afin d'éviter tout conflit, les États devraient veiller à ce que les règles pertinentes du droit international soient interprétées et appliquées conformément au principe du soutien mutuel.**

<sup>121</sup> CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, affaire n° ARB/97/7, sentence, 13 novembre 2000; CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*, affaire n° ARB/96/1, sentence définitive, 17 février 2000, confirmant la compétence du CIRDI; CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, affaire n° ARB/05/8, sentence, 11 septembre 2007, concernant le traité d'investissement bilatéral entre la Lituanie et la Norvège; CIRDI, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, affaire n° ARB/03/24, sentence, 27 août 2008, concernant le Traité sur la Charte de l'énergie.

<sup>122</sup> *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*, par. 477 et 486.

<sup>123</sup> *Ibid.*, par. 514.

<sup>124</sup> *Ibid.*, par. 515.

<sup>125</sup> *Ibid.*, par. 539.

### III. Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit de la mer

#### A. Liens entre la mer et l'atmosphère

46. D'un point de vue physique, la mer (océans) et l'atmosphère sont étroitement liées dans des phénomènes particuliers qui déterminent les caractéristiques de leur interaction<sup>126</sup>. Ces phénomènes englobent le rôle de la vapeur d'eau ambiante et des nuages, l'absorption sélective du rayonnement par la mer et la diffusion de la chaleur totale dans le système océano-atmosphérique<sup>127</sup>. La mer et l'atmosphère échangent de l'énergie, de la force et de la matière (eau, carbone, azote, etc.)<sup>128</sup>. Une part non négligeable de la pollution du milieu marin depuis ou à travers l'atmosphère est généralement d'origine tellurique, à savoir découle d'activités anthropiques menées sur la terre. L'atmosphère est un vecteur important du transport, des continents dans les océans, de nombreux éléments naturels et polluants<sup>129</sup>. La pollution provient de rejets directs ou de sources d'émission, y compris de déversements réalisés dans l'atmosphère par les combustibles fossiles et la combustion des déchets. Des études scientifiques ont montré que, bien que des polluants chimiques – déversés du fait d'activités humaines – soient désormais présents dans tous les océans, les effets les plus avérés sur les êtres vivants sont constatés dans les eaux côtières et résultent de la pollution d'origine tellurique<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> R.A. Duce, J.N. Galloway et P.S. Liss, « Les impacts des dépôts atmosphériques dans l'océan sur les écosystèmes marins et le climat », *Bulletin de l'Organisation météorologique mondiale*, vol. 58, n° 1, 2009, p. 61 à 66; E.H.G. Brévière *et al.*, « Surface ocean-lower atmosphere study: scientific synthesis and contribution to Earth system science », *Anthropocene*, vol. 12, 2015, p. 54 à 68; Groupe mixte d'experts chargé d'étudier les aspects scientifiques de la protection de l'environnement marin, *The Atmospheric Input of Chemicals to the Ocean*, Reports and Studies n° 84, GAW Report n° 203, 2012, disponible à l'adresse [www.wmo.int/pages/prog/arep/wwrp/new/documents/Final\\_GAW\\_203\\_WEB.pdf](http://www.wmo.int/pages/prog/arep/wwrp/new/documents/Final_GAW_203_WEB.pdf) (consulté le 20 février 2017). Le Rapporteur spécial est reconnaissant à Mme Oksana Tarasova, Cheffe, et à M<sup>me</sup> Silvina Carou, spécialiste des questions scientifiques, de la Division de la recherche sur l'environnement atmosphérique de l'Organisation météorologique mondiale, qui ont communiqué les informations scientifiques voulues.

<sup>127</sup> P.J. Webster, « The role of hydrological processes in ocean-atmosphere interactions », *Reviews of Geophysics*, vol. 32, n° 4, 1994, p. 427 à 476; voir également E.B. Kraus et J.A. Businger, *Atmosphere-Ocean Interaction*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 1994; et W.K.M. Lau et D.E. Waliser, *Intraseasonal variability in the atmosphere-ocean climate system*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012. Le Rapporteur spécial est reconnaissant à M<sup>me</sup> Zhou You, Maître en droit de la Peking University (diplômée du Département des sciences), qui a communiqué des informations scientifiques voulues sur les liens entre la mer et l'atmosphère.

<sup>128</sup> Voir T. Stocker, *Introduction to Climate Modelling*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2011, p. 137 à 150, selon lequel la plupart des mouvements océaniques, en particulier à grande échelle, sont dus à ces échanges (ibid., p. 137).

<sup>129</sup> R.A. Duce *et al.*, « The atmospheric input of trace species to the world ocean », *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5, n° 3, 1991, p. 193 à 259; T. Jickells et C.M. Moore, « The importance of atmospheric deposition for ocean productivity », *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46, 2015, p. 481 à 501.

<sup>130</sup> D.F. Boesch *et al.*, *Marine pollution in the United States*, Arlington, Pew Oceans Commission, 2001; J.M. Prospero, « The atmospheric transport of particles to the ocean », *Particle Flux in the Ocean*, V. Ittekkot *et al.* (dir.), SCOPE Report, vol. 57, San Francisco, John Wiley and Sons, 1996, p. 19 à 52; S. Cornell, A. Randell et T. Jickells, « Atmospheric inputs of dissolved organic nitrogen to the oceans », *Nature*, vol. 376, 1995, p. 243 à 246; R.A. Duce *et al.*, « Impacts of atmospheric anthropogenic nitrogen on the open ocean », *Science*, vol. 320, 2008, p. 893 à 897.

Les activités humaines sont également la cause du réchauffement climatique, qui entraîne l'augmentation de la température des océans, laquelle explique les phénomènes atmosphériques extrêmes (inondations, sécheresse)<sup>131</sup> ainsi que les méga-typhons (ouragans et cyclones)<sup>132</sup>. Les phénomènes de type El Niño, découlant de l'interaction instable de l'océan Pacifique tropical et de l'atmosphère<sup>133</sup>, sont l'une des principales illustrations des conséquences d'échelle mondiale de l'instabilité climatique. Il a été affirmé que cette réorganisation massive de la convection atmosphérique bouleversait les modèles météorologiques mondiaux, car elle avait des incidences sur les écosystèmes, l'agriculture, les cyclones tropicaux, la sécheresse, les feux de forêts, les inondations et d'autres phénomènes météorologiques extrêmes partout dans le monde<sup>134</sup>.

47. Entre autres activités humaines, les émissions de gaz à effet de serre par des navires ont augmenté ces dernières années à un rythme élevé, et contribué au réchauffement planétaire et aux changements climatiques. Dans une étude réalisée en 2000, l'Organisation maritime internationale a réparti les émissions de gaz par les navires dans les quatre catégories suivantes : émissions de gaz d'échappement; émissions de frigorigènes; émissions de cargaisons; émissions découlant de la lutte contre les incendies et de matériels divers<sup>135</sup>. Elle a constaté que les navires émettaient non seulement du dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>), mais également de l'oxyde

<sup>131</sup> Une étude scientifique a montré que l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre contribue à l'intensification des fortes précipitations constatée dans près de plus des deux tiers des zones de l'hémisphère Nord faisant l'objet de relevés (S.K. Min et al., « Human contribution to more-intense precipitation extremes », *Nature*, vol. 470, 2011, p. 378 à 381). De nombreuses analyses scientifiques tendent à indiquer qu'il existe un risque de sécheresse au vingt et unième siècle et que des sécheresses graves et étendues pourraient toucher de nombreuses zones terrestres ces 30 à 90 prochaines années, du fait de la baisse des précipitations ou de l'augmentation de l'évaporation (voir A. Dai, « Increasing drought under global warming in observations and models », *Nature Climate Change*, vol. 3, 2013, p. 52 à 58; et J. Sheffield, E.F. Wood et M.L. Roderick, « Little change in global drought over the past 60 years », *Nature*, vol. 491, 2012, p. 435 à 438).

<sup>132</sup> Le nombre et la proportion des ouragans de catégorie 4 et 5 ont fortement augmenté. L'augmentation la plus importante s'est produite dans les océans Pacifique Nord, Indien et Pacifique du Sud-Ouest, et l'augmentation proportionnelle la moins importante a été constatée dans l'océan Atlantique Nord. Ces augmentations se sont produites alors que le nombre de cyclones et de jours de cyclone ont diminué dans tous les bassins, à l'exception de l'Atlantique Nord, ces dix dernières années (voir P.J. Webster et al., « Changes in tropical cyclone number, duration, and intensity in a warming environment », *Science*, vol. 309, n° 5742, 2005, p. 1844 à 1846). La preuve a été solidement établie que certains phénomènes extrêmes – notamment les vagues de chaleur ou les précipitations extrêmes – et l'augmentation de leur nombre découlent de l'incidence de l'activité humaine sur le climat. Pour d'autres phénomènes extrêmes, tels que les orages, les éléments de preuve disponibles sont moins incontestables, mais compte tenu des tendances observées et des notions de physique élémentaires, il est toutefois plausible de s'attendre à ce que leur nombre augmente [voir D. Coumou et S. Rahmstorf, « A decade of weather extremes », *Nature Climate Change*, vol. 2, n° 7, 2012, p. 491 à 496].

<sup>133</sup> A.V. Fedorov et S.G. Philander, « Is El Niño changing? », *Science*, vol. 288 (5473), 2000, p. 1997 à 2002.

<sup>134</sup> W. Cai et others, « Increasing frequency of extreme El Niño events due to greenhouse warming », *Nature Climate Change*, vol. 4, 2014, p. 111 à 116.

<sup>135</sup> Ø. Buhaug et al., *Second IMO GHG Study 2009*, London, IMO, 2009, p. 23. Voir également T.W.P. Smith et al., *Third IMO GHG Study 2014*, Londres, OMI, 2014, tableau 1.

de soufre (SO<sub>x</sub>) et de l'oxyde d'azote (NO<sub>x</sub>)<sup>136</sup>. Selon cette étude, les émissions de gaz à effet de serre par les navires sont excessives et modifient la composition de l'atmosphère et le climat, et ont des répercussions sur le milieu marin et la santé humaine<sup>137</sup>.

48. L'une des incidences maritimes les plus marquées qu'ait la dégradation atmosphérique est l'élévation du niveau de la mer due au réchauffement climatique. Dans son cinquième rapport d'évaluation, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat considère que l'élévation moyenne du niveau de la mer à l'échelle mondiale serait de 26 à 98 centimètres d'ici à 2100<sup>138</sup>. Si les chiffres et niveaux exacts demeurent encore incertains, les auteurs du rapport affirment qu'il est presque sûr que le niveau de la mer continuera de monter pendant le vingt et unième siècle et au-delà – quand bien même les concentrations des émissions de gaz à effet de serre étaient stabilisées. En outre, l'élévation du niveau de la mer risque d'avoir des particularités régionales marquées, certains lieux et certaines régions enregistrant des écarts notables par rapport à la moyenne mondiale<sup>139</sup>. Elle peut faire peser une menace potentiellement grave, voire catastrophique, sur de nombreux États côtiers, en particulier ceux dont les côtes sont importantes, densément peuplées et peu élevées, ainsi que sur les petits États insulaires de faible altitude; cette question est examinée plus loin dans le présent rapport.

49. L'Assemblée générale a continué de souligner qu'il était urgent de lutter contre les effets de la dégradation atmosphérique tels que l'élévation des températures et du niveau de la mer à l'échelle mondiale, l'acidification des océans et d'autres effets des changements climatiques, qui avaient de graves répercussions sur les zones côtières et les pays côtiers de faible altitude, notamment nombre de pays parmi les moins avancés et de petits États insulaires en développement, et que

---

<sup>136</sup> M. Righi, J. Hendricks et R. Sausen, The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1: land transport and shipping », *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15, 2015, p. 633 à 651.

<sup>137</sup> La plupart des émissions de gaz à effet de serre provenant de navires sont réalisées dans la couche limite marine ou y sont transportées, et elles y modifient la composition atmosphérique. Voir, par exemple, V. Eyring *et al.*, « Transport impacts on atmosphere and climate: shipping », *Atmospheric Environment*, vol. 44, n° 37, 2010, p. 4735, 4744, 4745 et 4752 à 4753. Les émissions de gaz à effet de serre provenant de navires ont des conséquences négatives sur le milieu marin. Dans son cinquième rapport d'évaluation, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat a affirmé que les émissions de gaz à effet de serre ont conduit au réchauffement des océans, à la hausse de leurs températures et à leur acidification. Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, « Changements climatiques 2014. Résumés, foire aux questions et encarts thématiques », disponible à l'adresse [https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/WGIIAR5-IntegrationBrochure\\_fr.pdf](https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg2/WGIIAR5-IntegrationBrochure_fr.pdf) (consulté le 20 février 2017); D.E.J. Currie et K. Wowk, « Climate change and CO<sub>2</sub> in the oceans and global oceans governance », *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, n° 4, 2009, p. 387 et 389; C. Schofield, « Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims », *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, n° 4, 2009, p. 12; S.R. Cooley et J.T. Mathis, « Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development », *Ocean Yearbook*, vol. 27, n° 1, 2013, p. 29 à 47.

<sup>138</sup> Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Working Group I Contribution of to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013, p. 1180.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 1140.

la survie de bien des sociétés était en jeu.<sup>140</sup> En 2015, la première évaluation mondiale intégrée de l'état du milieu marin (évaluation mondiale des océans) a été menée à son terme; elle constitue une étude complète et approfondie des substances d'origine tellurique qui polluent les océans après être passées dans l'atmosphère<sup>141</sup>. Le résumé du rapport a été approuvé par l'Assemblée générale dans sa résolution 70/235 du 23 décembre 2015. Dans sa résolution 71/257 du 23 décembre 2016, l'Assemblée a confirmé que les changements climatiques avaient des effets sur les océans<sup>142</sup>.

## **B. Application concurrente du droit de la mer et du droit relatif à la protection de l'atmosphère\*\*\***

### **1. Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et autres instruments**

50. Au moment de son adoption, en 1982, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer visait à traiter de toutes les questions relatives au droit de la mer, y compris la protection du milieu marin contre la pollution et la dégradation atmosphériques. À cette fin, elle donne, au paragraphe 1 4) de son article premier, une définition de la « pollution du milieu marin », et réglemente toutes les sources aériennes de la pollution du milieu marin, y compris la pollution atmosphérique d'origine tellurique ou par les navires, dans les articles 192, 194, 207, 211 et 212 de sa Partie XII. Bien que la question des changements climatiques n'ait pas figuré à l'ordre du jour de la communauté internationale pendant les négociations relatives à la Convention<sup>143</sup>, les obligations qui incombent aux États en matière environnementale peuvent se déduire du texte, et interagissent avec le régime international des changements climatiques et le régime relevant de l'Organisation maritime internationale, avec lesquels elles se renforcent mutuellement.

51. Aux termes du paragraphe 1 4) de l'article premier de la Convention, « on entend par « pollution du milieu marin » l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, entrave aux activités maritimes, y compris la pêche et les autres utilisations légitimes de la mer, altération de la qualité de l'eau de mer du point de vue de son utilisation et dégradation des valeurs d'agrément ». Compte tenu de cette définition,

\*\*\* Le Rapporteur spécial est particulièrement reconnaissant à Yubing Shi, Professeur à l'Université Xiamen, d'avoir rédigé les paragraphes du présent rapport relatifs au droit de la mer et aux décisions de justice correspondantes.

<sup>140</sup> Voir Rapport du Secrétaire général « Les océans et le droit de la mer » (A/71/74/Add.1), chap. VIII (« Océans, changements climatiques et acidification des océans »), par. 115 à 122.

<sup>141</sup> Division des affaires maritimes et du droit de la mer, « Première évaluation mondiale intégrée de l'état du milieu marin (évaluation mondiale des océans) », disponible à l'adresse [www.un.org/depts/los/global\\_reporting/WOA\\_RegProcess.htm](http://www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm) (consulté le 20 février 2017; en anglais seulement) (voir, en particulier, chap. 20 relatif aux apports d'origine tellurique véhiculés le long des côtes, par les cours d'eau et par transport atmosphérique).

<sup>142</sup> Voir par. 185 à 196.

<sup>143</sup> A. Boyle, « Law of the sea perspectives on climate change », in *The 1982 Law of the Sea Convention at 30: Successes, Challenges and New Agendas*, D. Freestone (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, p. 157 à 164; voir, en général, R.S. Abate (dir.), *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law: U.S. and International Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

le déversement de substances toxiques, nuisibles et nocives (y compris les polluants atmosphériques) d'origine tellurique pollue le milieu marin et lui nuit, ce que confirme le paragraphe 3 de l'article 194 de la Convention, ainsi que l'article 207. De même, la pollution atmosphérique par les navires nuit également au milieu marin, question que réglementent le paragraphe 3 de l'article 194 et les articles 211 et 212 de la Convention. L'oxyde de soufre (SO<sub>x</sub>) et l'oxyde d'azote (NO<sub>x</sub>) sont généralement considérés comme des polluants aériens<sup>144</sup>, mais la question de savoir si les émissions de gaz à effet de serre par les navires, en particulier celles de dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>), constituent un type de pollution, fait l'objet de débats et est traitée différemment d'une législation nationale à l'autre<sup>145</sup>. Toutefois, il est communément admis que les émissions de gaz à effet de serre par les navires, un des principaux facteurs des changements climatiques, polluent le milieu marin et lui nuisent. La définition formulée au paragraphe 14) de l'article premier la Convention est intéressante car elle fixe les critères qui permettent de déterminer si un type « de substances ou d'énergie » constitue une pollution du milieu marin, ce qui pourrait entraîner l'application à ces « substances ou énergie » de nombreux traités relatifs à la pollution adoptés sous les auspices de l'Organisation maritime internationale et d'autres instances internationales<sup>146</sup>.

52. La Partie XII de la Convention traite de la pollution atmosphérique d'origine tellurique. Si, aux termes de l'article 192, les États ont l'obligation d'ordre général de protéger et de préserver le milieu marin, les obligations relatives aux sources telluriques de la pollution sont précisées au paragraphe 3 a) de l'article 194 et à l'article 207. Le paragraphe 3 a) de l'article 194 se lit comme suit :

« Les mesures prises en application de la présente partie doivent viser toutes les sources de pollution du milieu marin. Elles comprennent notamment les mesures tendant à limiter autant que possible :

a) l'évacuation de substances toxiques, nuisibles ou nocives, en particulier de substances non dégradables, à partir de sources telluriques, depuis ou à travers l'atmosphère ou par immersion. »

En application de ces dispositions, les États sont tenus de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution atmosphérique d'origine tellurique. La pollution atmosphérique peut également provenir des émissions de

<sup>144</sup> Par exemple, à la cinquante-huitième session du Comité de la protection du milieu marin, en 2008, l'Organisation maritime internationale a adopté l'annexe VI, telle que modifiée, à la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires, qui réglemente notamment les émissions d'oxyde de soufre (SO<sub>x</sub>) et d'oxyde d'azote (NO<sub>x</sub>). La Convention a désormais six annexes, à savoir : annexe I sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les hydrocarbures (entrée en vigueur le 2 octobre 1983); annexe II sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances liquides nocives transportées en vrac (entrée en vigueur le 6 avril 1987); annexe III sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances nuisibles transportées par mer en colis (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1992); annexe IV sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les eaux usées des navires (entrée en vigueur le 27 septembre 2003); annexe V sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les ordures des navires (entrée en vigueur le 31 décembre 1988); et annexe VI sur les règles relatives à la prévention de la pollution de l'atmosphère par les navires (entrée en vigueur le 19 mai 2005).

<sup>145</sup> Y. Shi, « Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution? », *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113, n° 1 et 2 (2016), p. 187 à 192.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 187.

gaz à effet de serre, qui ont des effets nocifs sur le milieu marin<sup>147</sup>. Aussi la Convention fait-elle peser une obligation de diligence raisonnable sur les États<sup>148</sup>, et leur sert de convention-cadre pour ce qui est de réduire la pollution atmosphérique d'origine tellurique et les émissions de gaz à effet de serre. Cette réglementation sous-tend les initiatives réglementaires mondiales et régionales adoptées ultérieurement, notamment le Programme d'action mondial pour la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres<sup>149</sup>, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et son Protocole de Kyoto<sup>150</sup>, et l'Accord de Paris<sup>151</sup>.

53. Aux termes du paragraphe 4 de l'article 207 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, les États, agissant en particulier par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes ou d'une conférence diplomatique, s'efforcent d'adopter au plan mondial et régional, des règles et des normes, ainsi que des pratiques et procédures recommandées pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution d'origine tellurique. L'emploi du pluriel (« organisations internationales compétentes ») montre que l'Organisation maritime internationale n'est pas la seule organisation qui lutte contre la pollution du milieu marin d'origine tellurique<sup>152</sup>. Ainsi, des traités adoptés sous les auspices de l'Organisation maritime internationale et d'autres organisations internationales ont été incorporés dans la Convention sous forme de renvois. Par ailleurs, le paragraphe 4 de l'article 207 de la Convention souligne que les règles et normes, ainsi que les pratiques et procédures recommandées doivent être adoptées en tenant compte des particularités régionales, de la capacité économique des États en développement et des exigences de leur développement économique. Il fait écho au paragraphe 1 de l'article 194, aux termes duquel les États prennent des mesures « en fonction de leurs capacités »<sup>153</sup>, et sous-tend la formation éventuelle des « responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives » de la Convention-cadre de 1992.

<sup>147</sup> Boyle, « Law of the sea perspectives on climate change » (voir *supra* note 143), p. 158; voir également Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Climate Change 2013 ... (supra, note 138)*, p. 4 et 5; D.E.J. Currie and K. Wowk, « Climate change and CO<sub>2</sub> in the oceans and global oceans governance », *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, n° 4, 2009, p. 387 et 389.

<sup>148</sup> Boyle, « Law of the sea perspectives on climate change » (voir *supra* note 143), p. 159.

<sup>149</sup> Le Programme d'action mondial est administré par un groupe de coordination accueilli par le Programme des Nations Unies pour l'environnement. Il a été conçu sur le fondement de dispositions des chapitres 17, 33 et 34 d'Action 21, de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et des Lignes directrices de Montréal pour la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique. Il y est recommandé que des mesures soient prises aux niveaux international, régional et national pour lutter contre la pollution du milieu marin due à des activités terrestres.

<sup>150</sup> Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Kyoto, 11 décembre 1997).

<sup>151</sup> Accord de Paris adopté en vertu de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Paris, 12 décembre 2015), document FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, annexe.

<sup>152</sup> M.H. Nordquist *et al.* (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, vol. IV, p. 133, par. 207.7 d).

<sup>153</sup> Cette expression trouve son origine dans le libellé « toutes les mesures possibles » du principe 7 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm). Voir Nordquist *et al.*, *United Nations Convention on the Law of the Sea ... (supra, note 152)*, p. 64, par. 194.10 b).

54. Les dispositions de la Convention relatives à la pollution atmosphérique par les navires sont fondées sur le principe du soutien mutuel de la Convention et des textes de l'Organisation maritime internationale. Deux dispositifs ont permis de réaliser ce soutien, à savoir les règles dites de renvoi, et les obligations d'ordre général complétées par les instruments de l'Organisation maritime internationale.

55. En ce qui concerne les règles de renvoi, les parties à la Convention sont priées de se conformer aux règles et normes énoncées dans d'autres instruments internationaux adoptés sous les auspices de l'Organisation maritime internationale, même lorsqu'elles ne sont pas parties à ces instruments<sup>154</sup>. Deux règles de renvoi énoncées dans la Convention s'appliquent à la réglementation de la pollution atmosphérique par les navires. Le paragraphe 2 de l'article 211 (« Pollution par les navires ») de la Convention se lit comme suit : « Les États adoptent des lois et règlements pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires battant leur pavillon ou immatriculés par eux. Ces lois et règlements ne doivent pas être moins efficaces que les règles et normes internationales généralement acceptées, établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale ». L'« organisation internationale compétente » à laquelle il est fait référence est l'Organisation maritime internationale. En application de cette disposition, les lois et règlements qu'adoptent les États pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution atmosphérique par les navires battant leur pavillon doivent être conformes aux règles et normes internationales généralement acceptées, établies par l'Organisation maritime internationale, ou plus rigoureuses<sup>155</sup>. Ainsi, cette disposition est liée aux instruments de l'Organisation relatifs à la pollution atmosphérique par les navires dans lesquels les règles et normes visées sont qualifiées de « généralement acceptées » aux fins du paragraphe 2 de l'article 211 de la Convention<sup>156</sup>. L'annexe VI (« Règles relatives à la prévention de la pollution de l'air par les navires ») de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires est un exemple de ce type d'instruments. Le paragraphe 1 de l'article 212 (« Pollution d'origine atmosphérique ou transatmosphérique ») de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer se lit comme suit : « Les États, afin de prévenir, réduire ou maîtriser la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique, adoptent des lois et règlements applicables à l'espace aérien où s'exerce leur souveraineté et aux navires battant leur pavillon ou aux navires ou aéronefs immatriculés par eux, en tenant compte des règles et des normes, ainsi que des pratiques et procédures recommandées, internationalement convenues, et de la sécurité de la navigation aérienne ». Les États y sont encouragés à appliquer les règles et les normes de l'Organisation maritime internationale, ainsi que les pratiques et procédures recommandées, internationalement convenues, pour

<sup>154</sup> Voir, par exemple, J. Harrison, « Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping », University of Edinburgh School of Law, Research Paper Series n° 2012/12, disponible à l'adresse <https://ssrn.com/abstract=2037038> (consulté le 20 février 2017), p. 20.

<sup>155</sup> Nordquist *et al.*, « United Nations Convention on the Law of the Sea ... » (voir *supra* note 153), p. 203, par. 211.15 f).

<sup>156</sup> Voir, par exemple, A.E. Boyle, « Marine pollution under the law of the sea convention », *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, p. 357; et R. Van Reenan, « Rules of references in the new Convention on the Law of the Sea, in particular in connection with the pollution of the sea by oil from tankers », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 12, 1981, p. 3.

s'acquitter des obligations qu'ils tiennent de la Convention. Les mots « internationalement convenues » sont moins forts que l'expression « généralement acceptées ». Toutefois, la Division des affaires maritimes et du droit de la mer considère que l'annexe VI de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires est un instrument complémentaire que les États sont tenus d'appliquer pour s'acquitter des obligations énoncées dans l'article 212<sup>157</sup>.

56. Certaines des obligations générales des États relatives à la pollution atmosphérique par les navires que prévoit la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sont complétées par des réglementations concrètes adoptées sous les auspices de l'Organisation maritime internationale. Par exemple, le paragraphe 3 b) de l'article 194 de la Convention, qui fait référence à la pollution atmosphérique par les navires de manière générale, se lit comme suit :

Les mesures prises en application de la présente partie doivent viser toutes les sources de pollution du milieu marin. Elles comprennent notamment les mesures tendant à limiter autant que possible :

[...]

b) la pollution par les navires, en particulier les mesures visant à prévenir les accidents et à faire face aux cas d'urgence, à assurer la sécurité des opérations en mer, à prévenir les rejets, qu'ils soient intentionnels ou non, et à réglementer la conception, la construction, l'armement et l'exploitation des navires.

La norme de conduite prévue au paragraphe 3 b) de l'article 194 de la Convention est d'ordre très général. Elle vise diverses sources de pollution aérienne par les navires, y compris celles qui résultent du fonctionnement normal des navires ou d'accidents marins dus à une collision ou un échouage. Les obligations concrètes sont énoncées dans des instruments de l'Organisation maritime internationale tels que la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires, la Convention sur le Règlement international pour prévenir les abordages en mer ou la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer. De même, aux fins de la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution du milieu marin par des navires, le paragraphe 6 de l'article 211 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer permet aux États côtiers d'établir des zones particulières dans leur zone économique exclusive après avoir tenu, par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente, les consultations appropriées. Pour faciliter l'application de cette disposition, l'Organisation maritime internationale a adopté en 2005 sa résolution A.982(24) sur les directives révisées pour l'identification et la désignation des zones maritimes particulièrement vulnérables.

57. Un commentaire relatif à l'article 194 de la Convention sur le droit de la mer donne des éclaircissements sur l'application concurrente du droit de la mer et du droit relatif à l'atmosphère.

Il y est dit que la première occurrence du mot « atmosphère » se trouve au paragraphe 3 a), et que la question se pose de savoir dans quelle mesure

<sup>157</sup> Division des affaires maritimes et du droit de la mer, *Le droit de la mer : obligations des États Parties aux termes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et des instruments complémentaires* (Publication des Nations Unies, Numéro de vente : F.04.V.5), p. 52.

l'atmosphère peut être considérée comme faisant partie du milieu marin. Plusieurs dispositions de la Convention font référence à l'atmosphère, désignée par le terme « espace aérien sur-jacent » ou des expressions connexes. Elles montrent à elles seules que l'atmosphère en tant que telle peut être considérée comme une composante du milieu marin, au moins dans la mesure où il existe un lien direct entre l'atmosphère de l'espace aérien sur-jacent et les caractéristiques naturelles de l'espace océanique sous-jacent. Le paragraphe 3 a) de l'article 194, associé aux articles 212 et 222, établit donc un lien entre le droit de la mer et le droit relatif à l'atmosphère en tant que telle, qu'elle se trouve ou non au-dessus des océans. Parallèlement, les dispositions de la Convention, en particulier celles de la Partie XII, ne préjugent pas la question de savoir si quelque partie de l'atmosphère est une composante du milieu marin<sup>158</sup>.

Le champ d'application de l'article 212 est l'espace aérien territorial « où s'exerce la souveraineté » des États, et ne s'étend ni à l'espace aérien se trouvant au-dessus d'une Zone économique exclusive, ni à l'espace aérien commun situé au-dessus de la haute mer. L'article 212 ne traite pas directement de la question de la pollution de l'atmosphère en tant que telle, ni d'aucune forme de pollution autre que celle définie au paragraphe 4 de l'article premier, à savoir la pollution du milieu marin<sup>159</sup>. L'article 222 (« Mise en application de la réglementation relative à la pollution d'origine atmosphérique ou transatmosphérique ») complète, pour ce qui est de l'application, l'article 212, lequel énonce la norme de prévention, de réduction et de maîtrise de la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique. Dans une certaine mesure, il fait double emploi avec l'article 223, relatif à l'application des mesures concernant la pollution du milieu marin d'origine tellurique puisque, en fait, l'essentiel de la pollution atmosphérique est d'origine tellurique<sup>160</sup>.

58. Parmi les autres instruments concernés, on trouve la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est [art. 1 e)], la Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique (art. 2, par. 2), le Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique [art. 4, par. 1 b)]<sup>161</sup>, le Protocole relatif à la protection du Pacifique du Sud-Est contre la pollution d'origine tellurique [art. II c)] et le Protocole à la Convention régionale de Koweït sur la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique (art. III), qui traitent de la pollution transatmosphérique comme source d'origine tellurique. Le Protocole révisé relatif à la protection du milieu marin de la mer Noire contre la pollution due à des sources et activités terrestres<sup>162</sup> régleme la pollution transatmosphérique dans son annexe III. En 1991, les parties au Protocole relatif à la protection de la mer

<sup>158</sup> Nordquist *et al.*, *United Nations Convention on the Law of the Sea ...* (voir *supra* note 153), p. 67, par. 194.10 k).

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 212 et 213, par. 212.9 d).

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 315 à 319.

<sup>161</sup> Le Protocole d'origine a été modifié par des amendements adoptés le 7 mars 1996 par la Conférence de plénipotentiaires sur le Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, tenue à Syracuse les 6 et 7 mars 1996 [UNEP(OCA)/MED IG.7/4]. Le Protocole tel que modifié, enregistré sous la dénomination de « Protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution provenant de sources et activités situées à terre », est entré en vigueur le 11 mai 2008.

<sup>162</sup> Le Protocole n'est pas encore entré en vigueur.

Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique ont adopté une nouvelle annexe (IV) relative à la pollution transatmosphérique d'origine tellurique<sup>163</sup>. Avant l'adoption de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le seul instrument international d'importance était le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau.

59. En vertu des règles de renvoi énoncées dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'annexe VI de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires peut être considérée comme l'une des « règles et [...] normes internationalement convenues » aux fins de la réduction de la pollution aérienne par les navires, notamment l'oxyde de soufre (SO<sub>x</sub>) et l'oxyde d'azote (NO<sub>x</sub>)<sup>164</sup>. En ce qui concerne les émissions de gaz à effet de serre par les navires, l'application concurrente de la réglementation de l'Organisation maritime internationale et de la Convention est perturbée par les liens qui existent avec le régime international de la lutte contre les changements climatiques. Il semble que la coexistence de la réglementation de l'Organisation, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques soit rendue quelque peu difficile par l'application controversée du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives à la réglementation de l'Organisation relative aux émissions de gaz à effet de serre dues aux transports maritimes internationaux. Toutefois, cette coexistence se caractérise essentiellement par le « soutien mutuel », et ledit conflit peut être réglé par une interprétation de bonne foi.

60. Les négociations relatives à la réduction des émissions de gaz à effet de serre tenues à l'Organisation maritime internationale sont dominées et altérées par les tensions entre les pays développés et les pays en développement. Le différend concerne la question de savoir si c'est le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives ou celui du traitement pas plus favorable qui doit s'appliquer à la réglementation des émissions de gaz à effet de serre dues aux transports maritimes internationaux<sup>165</sup>. Le premier principe apparaît en filigrane dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et son Protocole de Kyoto et l'Accord de Paris, et le deuxième est incorporé à toutes les réglementations de l'Organisation maritime internationale,

<sup>163</sup> D. Bodansky *et al.*, « Oceans », in *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 1, G. Handl (dir.), London, Graham and Trotman, 1991, p. 111 à 137.

<sup>164</sup> Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 212, par. 1. Compte tenu de la doctrine actuelle relative à l'interprétation des termes « généralement acceptées », l'annexe VI pourrait toutefois être considérée comme relevant des règles et normes internationalement acceptées visées au paragraphe 2 de l'article 211 de la Convention. Voir, par exemple, Harrison, « Recent developments and continuing challenges ... » (*supra*, note 154), p. 21 et 22.

<sup>165</sup> Le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives nécessite que les pays développés et les pays en développement règlent les questions environnementales mais montre que ceux-là devraient assumer la principale responsabilité. L'hypothèse première d'un tel règlement est que les pays développés et les pays en développement n'ont pas le même niveau de responsabilité dans la causalité des problèmes environnementaux. Selon le principe du traitement pas plus favorable, les États portuaires appliquent les normes en vigueur de manière uniforme à tous les navires se trouvant dans leurs ports, quel que soit le pays dont ces navires battent pavillon; voir Y. Shi, « The challenge of reducing greenhouse gas emissions from international shipping: assessing the International Maritime Organization's regulatory response », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 23, n° 1, 2012, p. 136 et 137.

notamment la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires. En conséquence, les avis divergent quant à la question de savoir quel principe doit s'appliquer à la réglementation visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre dues aux transports maritimes internationaux. Toutefois, il est possible de dissiper ces tensions en recourant à une interprétation fondée sur la Convention de Vienne et le principe du soutien mutuel. D'une manière générale, l'Organisation maritime internationale tient le mandat qui lui est confié en matière d'émissions de gaz à effet de serre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires, ainsi que du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques<sup>166</sup>, lequel indique que les deux principes peuvent s'appliquer et être incorporés à la réglementation au moyen d'une interprétation plus large et plus souple du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives<sup>167</sup>. Dans une certaine mesure, cette interprétation a été retenue lors de l'adoption des amendements de 2011 de l'annexe VI de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires et est prise en compte dans les débats en cours à l'Organisation maritime internationale sur les mesures basées sur le marché<sup>168</sup>.

61. Compromis d'ordre général, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne définit pas les différents types de pollution du milieu marin, mais certains types de pollution sont définis dans des traités régionaux. Par exemple, la Convention réglemente la pollution d'origine tellurique, et l'« origine tellurique » a été définie ultérieurement à l'alinéa e) de l'article premier de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, qui se lit comme suit :

<sup>166</sup> L'Organisation maritime internationale est autorisée, au paragraphe 2 de l'article 2 du Protocole de Kyoto, à réglementer les émissions de gaz à effet de serre dues aux transports maritimes internationaux. Parallèlement, elle tire sa compétence sur la question des émissions de gaz à effet de serre des articles 1 a) et 64 de la Convention portant création de l'Organisation maritime internationale et des articles 211-1 et 212-3 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Y. Shi, « Greenhouse gas emissions from international shipping: the response from China's shipping industry to the regulatory initiatives of the International Maritime Organization », *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29, 2014, p. 77 à 115 (p. 82 à 84).

<sup>167</sup> Ibid., p. 86 à 89.

<sup>168</sup> Les amendements adoptés en 2011 de l'annexe VI de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (voir résolution OMI MEPC.203(62) du 15 juillet 2011, document MEPC 62/24/Add.1, annexe 19) ont créé un indice nominal d'efficacité énergétique pour les nouveaux navires, et un plan de gestion de l'efficacité de tous les navires. Par ailleurs, des mesures basées sur le marché, troisième type de mesures s'ajoutant aux mesures techniques et de fonctionnement, ont été examinées et négociées à l'Organisation maritime internationale entre 2000 et 2013. Voir OMI, « Main events in IMO's work on limitation and reduction of greenhouse gas emissions from international shipping », 2011, par. 18, disponible à l'adresse [www.imo.org](http://www.imo.org); Y. Shi, « Reducing greenhouse gas emissions from international shipping: is it time to consider market-based measures? », *Marine Policy*, vol. 64, 2016, p. 123 à 134 (p. 125); et H. Zhang, « Towards global green shipping: the development of international regulations on reduction of GHG emissions from ships », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 16, n° 4, 2016, p. 561 à 577. À sa soixante-dixième session, du 24 au 28 octobre 2016, le Comité de la protection du milieu marin de l'OMI est convenu de réduire les émissions d'oxyde de soufre (SO<sub>x</sub>) par les navires, à compter de 2020 (le plan d'application devant être examiné en 2017), et de ne se prononcer sur les émissions de gaz à effet de serre qu'après un nouvel examen de la question en 2017.

On entend par « sources telluriques » les sources ponctuelles et diffuses à terre, à partir desquelles des substances ou de l'énergie atteignent la zone maritime, par l'intermédiaire des eaux, de l'air ou directement depuis la côte. Elles englobent les sources associées à tout dépôt délibéré à des fins d'élimination dans le sous-sol marin, rendu accessible depuis la terre par un tunnel, une canalisation ou d'autres moyens, ainsi que les sources associées aux structures artificielles placées à des fins autres que des activités offshore dans la zone maritime sous la juridiction d'une Partie contractante.

62. Ainsi, des dispositions de la Convention des Nations sur le droit de la mer et de divers instruments connexes traitent de l'atmosphère, tant qu'elle se trouve dans l'espace aérien territorial et qu'elle a des incidences sur le milieu marin. Elles ne visent pas l'atmosphère en tant que telle, ni les cas dans lesquels les océans peuvent la polluer. L'interaction entre la mer et l'atmosphère telle que définie dans la Convention est limitée et unilatérale (sens unique, de l'atmosphère vers la mer), et la communauté internationale devra redoubler d'efforts pour surmonter les conflits négatifs qui touchent le droit international concerné. Dans le préambule de l'Accord de Paris, il est souligné qu'il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans. En conséquence, il est jugé important que le droit de la mer et le droit relatif à l'atmosphère soient interprétés et appliqués conformément au principe du soutien mutuel.

## 2. Décisions de justice

63. Comme il a été indiqué dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial<sup>169</sup>, l'Australie avait prié la Cour internationale de Justice, dans sa requête en l'affaire des *Essais nucléaires*, de ce qui suit : « dire et juger que [...] la poursuite des essais atmosphériques d'armes nucléaires dans l'océan Pacifique Sud n'est pas compatible avec les règles applicables du droit international et ordonner à la République française de ne plus faire de tels essais »<sup>170</sup>. Après avoir ordonné des mesures conservatoires le 22 juin 1973, la Cour a, dans son arrêt définitif du 20 décembre 1974, jugé que l'objet de la demande, à savoir la cessation des essais nucléaires, avait été atteint, la France ayant déclaré ne pas continuer les essais atmosphériques, et qu'il n'y avait dès lors pas lieu à statuer<sup>171</sup>. Il convient de noter que l'Australie

<sup>169</sup> A/CN.4/681, para. 44.

<sup>170</sup> « Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de l'Australie », *C.I.J. Mémoires 1973*, p. 430.

<sup>171</sup> « Essais nucléaires (Australie c. France), Mesures conservatoires », Ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 99; « Essais nucléaires (Australie c. France) », arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253; « Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), Mesures conservatoires », Ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 135; « Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France) », arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 457; Voir H. Thierry, « Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice », *Annuaire français de droit international*, vol. 20, 1974, p. 286 à 298; T.M. Franck, « Word made law: the decision of the ICJ in the Nuclear Test cases », *American Journal of International Law*, vol. 69, 1975, p. 612 à 620; P. Lellouche, « The International Court of Justice: the nuclear tests cases: judicial silence v. atomic blasts », *Harvard International Law Journal*, vol. 16, 1975, p. 614 à 637; E. McWhinney, « International law-making and the judicial process, the world court and the French Nuclear Tests case », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 3, 1975, p. 9 à 46; S. Sur, « Les affaires des essais nucléaires (Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France : C.I.J. – arrêts du 20 décembre 1974) », *Revue générale de droit international public*, vol. 79, 1975, p. 972 à 1027; R.S.J. MacDonald and B. Hough, « The Nuclear Tests case revisited », *German Yearbook of International Law*, vol. 20, 1977, p. 337 à 357. La Cour a affirmé que « Les déclarations

avait intenté son action aux fins de protéger non seulement ses propres intérêts mais aussi ceux d'autres États, puisqu'elle considérait les essais nucléaires de la France comme des infractions à la liberté de la haute mer. Dans son mémoire, elle a notamment affirmé que la mer n'était pas statique, ses systèmes vitaux étant complexes et étroitement liés. Il était évident, en conséquence, que personne ne pouvait dire que de la pollution en un lieu – en particulier si elle était radioactive – ne pouvait au bout du compte avoir des conséquences en un autre lieu. La Cour faillirait à la mission qui était la sienne de protéger par des moyens judiciaires les intérêts de la communauté internationale en méconnaissant des considérations de cette nature<sup>172</sup>.

64. La décision rendue par le Tribunal international du droit de la mer dans l'*affaire de l'usine MOX*<sup>173</sup> illustre la coexistence de la Convention des Nations Unies sur droit de la mer et du régime juridique international de la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution atmosphérique d'origine tellurique. Le soutien mutuel de la Convention et de ce régime était l'un des facteurs examinés par le Tribunal. Dans cette affaire, l'Irlande a demandé qu'un tribunal arbitral soit créé en vertu de l'annexe VII et chargé de juger et déclarer que le Royaume-Uni n'avait pas observé les obligations que lui imposaient les articles 192 et 193 et/ou l'article 194 et/ou l'article 207 et/ou les articles 211 et 213 de la Convention sur le droit de la mer à propos de l'autorisation accordée à l'usine MOX, notamment en manquant à l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu de la mer d'Irlande résultant des rejets intentionnels ou d'émissions accidentelles de matières ou de déchets provenant de l'usine MOX<sup>174</sup>. Le raisonnement sous-tendant la demande de l'Irlande était que le respect des normes convenues concernant la maîtrise de la pollution conformément au droit international en vigueur ne suffisait pas pour satisfaire à l'obligation plus générale de diligence requise, établie en vertu de la Convention<sup>175</sup>. Compte tenu de ce qui précède, l'Irlande a demandé au Tribunal de prescrire des mesures conservatoires, de sorte que le Royaume-Uni suspende sans délai l'autorisation accordée à l'usine MOX. Le Tribunal a décidé de ne pas prescrire les mesures demandées par l'Irlande mais demandé aux deux parties de coopérer et, à cette fin, de procéder à des consultations. Cette affaire peut également être considérée comme la recherche par

---

unilatérales des autorités françaises ont été faites publiquement en dehors de la Cour et *erga omnes* », et que de ce fait la France était liée envers tous les États [Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 269, par. 50].

<sup>172</sup> « Mémoire sur la compétence et la recevabilité soumis par le Gouvernement de l'Australie », *C.I.J. Mémoires 1973*, par. 459.

<sup>173</sup> « Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires », ordonnance du 3 décembre 2001, *Tribunal international du droit de la mer, Rôle des affaires* n° 10.

<sup>174</sup> « Demande en prescription de mesures conservatoires et exposé des conclusions de l'Irlande », 9 novembre 2001, disponible à l'adresse [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_10/request\\_ireland\\_fr.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/request_ireland_fr.pdf) (consulté le 20 février 2017). Dans sa demande en prescription de mesures conservatoires, l'Irlande a affirmé que « les conséquences, pour la santé humaine et l'environnement, d'émissions accidentelles dans l'atmosphère provenant des réservoirs contenant des déchets hautement radioactifs de Sellafield seraient de loin plus importantes que celles de l'accident de Chernobyl, en avril 1986 » (par. 11).

<sup>175</sup> Boyle, « Law of the sea perspectives on climate change » (voir *supra* note 143), p. 162.

le Tribunal d'un équilibre entre la poursuite du développement économique et la protection de l'environnement<sup>176</sup>.

65. L'affaire *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*<sup>177</sup>, jugée par la Cour internationale de Justice, illustre également la coexistence de l'obligation de diligence requise découlant de la Convention avec le devoir de protection de l'environnement prévu dans divers accords. Le soutien mutuel de la Convention et de différents instruments était à nouveau l'un des facteurs examinés par la Cour. Dans cette affaire, l'Argentine affirmait que l'Uruguay était contrevenu aux obligations que lui imposait le Statut du fleuve Uruguay<sup>178</sup> en autorisant le fonctionnement d'une usine de pâte à papier et en en construisant une autre sur le fleuve. Elle considérait que l'Uruguay était contrevenu au droit international, notamment à l'obligation de prévenir la pollution, obligation de diligence raisonnable établie en vertu de la Convention. À cette fin, l'Argentine a demandé à la Cour de prendre des mesures conservatoires. Toutefois, cette demande a été rejetée par la Cour, qui a considéré que l'Uruguay n'était contrevenu, au titre du Statut, qu'à une obligation procédurale, et non à des obligations de fond, en ce qui concernait la protection de l'environnement<sup>179</sup>. Ainsi, le principe du soutien mutuel entre l'obligation de diligence raisonnable découlant de la Convention et les obligations de fond imposées dans divers accords a été établi par la Cour.

### C. Élévation du niveau de la mer et son incidence

66. Comme il a été indiqué au paragraphe 48 du présent document, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat avait prédit qu'il résulterait très probablement du réchauffement climatique que le niveau de la mer s'élèverait. L'une des conséquences notoires de l'élévation du niveau de la mer est le net recul des côtes dans le monde entier, recul qui entraîne la modification des lignes de base servant à mesurer les eaux territoriales et d'autres zones maritimes, y compris les lignes archipélagiques, les lignes de base étant réputées « mouvantes »<sup>180</sup>. Avec l'élévation du niveau de la mer, la laisse côtière de basse mer, qui est la « ligne de base normale » aux fins de l'article 5 de la Convention, se déplace habituellement vers l'intérieur et certains repères géographiques servant de points de repère peuvent être inondés et perdus. Toutefois, certains auteurs considèrent qu'une forte

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> « Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay) », arrêt, *C.I.J., Recueil 2010*, p. 14.

<sup>178</sup> Statut du fleuve Uruguay, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1295, p. 340.

<sup>179</sup> La Cour a jugé que « les éléments de preuve versés au dossier ne permettaient pas d'établir de manière concluante que l'Uruguay n'avait pas agi avec la diligence requise ou que les rejets d'effluents de l'usine Orion (Botnia) avaient eu des effets délétères ou ont porté atteinte aux ressources biologiques, à la qualité des eaux ou à l'équilibre écologique du fleuve depuis le démarrage des activités de l'usine en novembre 2007 » [« Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay) », arrêt, *C.I.J., Recueil 2010*, p. 101, par. 265].

<sup>180</sup> A.H.A. Soons, « The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries », *Netherlands International Law Review*, vol. 37, n° 2, 1990, p. 207 à 232; M. Hayashi, « Sea level rise and the law of the sea: future options », in *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, D. Vidas et P.J. Schei (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, p. 188 et suiv. L'article 62 2) de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit ce qui suit : « Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer : a) s'il s'agit d'un traité établissant une frontière. »

élévation du niveau de la mer, quelle qu'en soit la cause, ne fait perdre aux États ni leur espace océanique ni les droits qu'ils ont sur les ressources maritimes déjà reconnus par la Convention de 1982<sup>181</sup>. Le Comité de l'Association de droit international chargé de la question des lignes de base établies conformément au droit international a émis l'hypothèse qu'il existait deux options : premièrement, une nouvelle règle gelant les lignes de base existantes dans leur position actuelle, en utilisant « les cartes marines à grande échelle reconnues officiellement par l'État côtier » ; deuxièmement, une nouvelle règle gelant les limites extérieures définies existantes des zones maritimes mesurées à partir des lignes de base établies conformément à la Convention<sup>182</sup>. Ces options semblent contrevenir à la règle de droit international établie, selon laquelle le changement fondamental de circonstances ne s'applique pas aux frontières<sup>183</sup>. Toutefois, la communauté internationale doit impérativement examiner le problème *de lege ferenda* pour surmonter les difficultés que rencontrent les États touchés par les questions relatives aux lignes de base<sup>184</sup>.

67. Les questions des migrations forcées et des droits de l'homme constituent un autre ensemble de problèmes découlant de l'élévation du niveau de la mer, problèmes qui touchent directement à la question de la protection de l'atmosphère. L'élévation du niveau de la mer menaçant d'inondation partielle ou totale, ou de dépeuplement, des territoires étatiques, en particulier ceux des petits États insulaires et de faible altitude, et les incidences au titre du droit international étant colossales, une étude sérieuse et approfondie de ces questions s'impose. L'élévation relative du niveau de la mer combinée et cumulée à d'autres effets des changements climatiques entraîne toute une gamme de conséquences négatives directes et indirectes sur les vies humaines et les conditions de vie dans les zones côtières et de faible altitude<sup>185</sup>. Toutefois, les questions touchant aux droits de l'homme et aux migrations devraient être examinées de plus près dans le cadre du droit des droits de l'homme plutôt que dans celui du droit de la mer; elles seront en conséquence étudiées dans la quatrième partie du présent rapport.

68. Compte tenu de ce qui précède, le projet de directive ci-après est proposé :

**Projet de directive 11 : Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit de la mer**

**1. Les États devraient prendre les mesures qui s'imposent dans le domaine du droit de la mer, en tenant compte des dispositions applicables de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et des instruments internationaux connexes, pour protéger l'atmosphère de la**

<sup>181</sup> J.L. Jesus, « Rocks, new-born islands, sea level rise and maritime space », in *Negotiating For Peace – Liber Amicorum Tono Eitel*, J. Frowein et al. (dir.), Berlin/Heidelberg, Springer, 2003, p. 599 et 602.

<sup>182</sup> Voir Association de droit international, *Report of the Seventy-Fifth Conference held in Sofia, August 2012*, Londres, 2012, p. 385 à 428.

<sup>183</sup> La Cour internationale de Justice confirme également qu'un traité de limites n'est pas affecté par un changement fondamental de circonstances dans *Plateau continental de la mer Égée, arrêt*, C.I.J. Recueil 1978, p. 3 à p. 35 et 36, par. 85.

<sup>184</sup> Association de droit international, *Johannesburg Conference (2016): International Law and Sea Level Rise* (rapport d'activité), p. 13 à 18.

<sup>185</sup> Ibid., p. 18 à 28. Voir également Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, « Changements climatiques 2014. Résumés, foire aux questions et encarts thématiques » (note 138 du présent rapport).

pollution et la dégradation atmosphériques et régler les questions touchant à la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique ou transatmosphérique. Afin d'éviter tout conflit, ils devraient s'assurer que l'élaboration, l'interprétation et l'application des règles de droit internationales sont conformes au principe du soutien mutuel.

2. Les États et les organisations internationales compétentes devraient examiner la situation des petits États insulaires et des États de faible altitude en ce qui concerne les lignes de base utilisées pour délimiter leurs zones maritimes conformément au droit de la mer.

#### IV. Droit relatif à la protection de l'atmosphère et droit international des droits de l'homme

69. Le droit international relatif à la protection de l'atmosphère ne peut se coordonner convenablement avec le droit international des droits de l'homme que dans la mesure où certains de ses éléments sont considérés comme de caractère anthropocentrique (centré sur l'être humain) et non environnemental<sup>186</sup>, à savoir que la protection de l'environnement est envisagée au premier chef comme un moyen de protéger l'humanité et non comme une fin en soi<sup>187</sup>. Ainsi, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans une affaire concernant la protection de marais, affirmé ce qui suit : « Ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel; d'autres instruments internationaux [...] sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier<sup>188</sup>. »

Pour que les instruments relatifs aux droits de l'homme contribuent à la protection de l'environnement en général et à celle de l'atmosphère en particulier, le lien direct entre la pollution ou la dégradation atmosphériques et une atteinte aux droits de l'homme doit être établi<sup>189</sup>. En ce sens, le droit international des droits de l'homme ne peut être applicable qu'en ce qui concerne la pollution et la dégradation atmosphériques touchant le milieu de vie et l'environnement, qui sont protégés *in fine* pour les êtres humains. En conséquence, le droit international des droits de l'homme ne chevauche pas nécessairement le droit international de l'environnement, mais il peut arriver que cela se produise<sup>190</sup>.

<sup>186</sup> Voir C.D. Stone, « Ethics and international environmental law », in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunée et E. Hey (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 291 à 301. Le Rapporteur spécial est particulièrement reconnaissant à Masayuki Hiromi, de l'Université de Sophia, d'avoir communiqué la documentation nécessaire et le projet de partie du présent rapport sur le droit des droits de l'homme.

<sup>187</sup> Boyle, « Relationship between international environmental law [...] » (voir note 36 du présent rapport), p. 141.

<sup>188</sup> *Kyrtatos c. Grèce*, n° 41666/98, arrêt du 22 mai 2003, par. 52. La Cour a affirmé ce qui suit : « à supposer même que les aménagements urbains effectués dans la zone aient eu de graves répercussions sur l'environnement, les requérants n'ont présenté aucun argument convaincant démontrant que le tort qui aurait été causé aux oiseaux et autres espèces protégées vivant dans le marais était de nature à porter directement atteinte à leurs propres droits garantis par l'article 8 § 1 de la Convention » (*ibid.*, par. 53).

<sup>189</sup> P.-M. Dupuy et J.E. Viñuales, *International Environmental Law*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015, p. 308, 309 et 319.

<sup>190</sup> Certaines normes environnementales, telles que des conventions concernant la protection de la biodiversité, portent la marque d'un réel souci de l'environnement et suggèrent que la protection

## A. Traités et autres instruments

70. Pour ce qui est des renvois faits aux droits de l'homme dans des textes environnementaux, c'est dans la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)<sup>191</sup> que l'application concurrente du droit international environnemental et du droit international des droits de l'homme a été reconnue; le principe 1 de cette déclaration, centré sur les droits garantis aux personnes et non sur les obligations pesant sur les États, se lit comme suit : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être<sup>192</sup>. » La Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement<sup>193</sup> souligne également dans son principe 1 que « [l]es êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable » et qu'« [i]ls ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature ». Bien que la deuxième disposition ne fasse pas expressément référence au terme de « droits de l'homme »<sup>194</sup>, ce principe a facilité l'incorporation des questions de la durabilité et de la protection de l'environnement dans le droit international des droits de l'homme. Ces déclarations ne sont pas juridiquement contraignantes, mais constituent le fondement d'un droit des êtres humains à un environnement sain<sup>195</sup>.

71. Il importe de noter que le droit international relatif à la protection de l'atmosphère porte véritablement la marque d'une conception anthropocentrique, si bien que le droit des droits de l'homme pourrait grandement y contribuer car, pour survivre, les êtres humains ont besoin d'air pur. En ce qui concerne la pollution atmosphérique, aux termes de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, la pollution de l'air a une « action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme » (art. 1) et oblige les parties « à protéger l'homme et son environnement contre la pollution atmosphérique » (art. 2). De même, pour ce qui est de la dégradation atmosphérique, aux termes de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, les parties sont priées de prendre des mesures « pour protéger la santé humaine » (art. 2), et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques traite des effets néfastes des changements climatiques, notamment des effets nocifs significatifs « sur la santé et le bien-être de l'homme » (art. 1). Comme l'a noté le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme<sup>196</sup> dans une étude analytique qu'il a récemment réalisée au sujet de l'interaction entre les droits de

---

de l'environnement « est généralement prise en compte en tant que telle, et non uniquement comme un moyen de protéger les êtres humains » (Sands et Peel, *Principles of International Environmental Law* (voir note 107 du présent document), p. 776). En la matière, il n'y a pas de marge pour que les normes internationales des droits de l'homme soient prises en compte.

<sup>191</sup> Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm 5-16 juin 1971* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. I.

<sup>192</sup> L.B. Sohn, « The Stockholm Declaration on the Human Environment », *Harvard International Law Journal*, vol. 14, 1973, p. 451 et 452.

<sup>193</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement* (voir note 41 du présent rapport), résolution 1, annexe I.

<sup>194</sup> D. Shelton, « What happened in Rio to human rights? », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3, 1992, p. 75.

<sup>195</sup> F. Francioni, « Principle 1: human beings and the environment », in *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, J.E. Viñuales (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 97 et 98.

<sup>196</sup> Conseil des droits de l'homme, résolution 19/10 du 19 avril 2012 sur les droits de l'homme et l'environnement (A/HRC/RES/19/10).

l'homme et l'environnement, la dégradation de l'environnement, notamment la pollution de l'air, les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone, « peut potentiellement affecter la réalisation des droits de l'homme »<sup>197</sup>.

72. En ce qui concerne les considérations d'ordre environnemental figurant dans des instruments relatifs aux droits de l'homme, c'est après la Conférence des Nations Unies de 1972 sur l'environnement que le droit particulier à l'environnement a été intégré à des traités relatifs aux droits de l'homme. Actuellement, deux instruments garantissent expressément ce droit : la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, qui prévoit en son article 24 que « [t]ous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement » et le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, qui prévoit au paragraphe 1 de son article 11 que « [t]oute personne a le droit de vivre dans un environnement salubre et de bénéficier des équipements collectifs essentiels ». À l'inverse, aucun traité ni autre instrument adopté avant la Conférence de Stockholm de 1972 ne comprenait de référence expresse à un droit particulier à l'environnement; parmi ces textes figurent la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention européenne des droits de l'homme), les Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, et la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Toutefois, les tribunaux et organes des droits de l'homme établis dans ces textes ont ultérieurement intégré des considérations d'ordre environnemental aux dispositions relatives à certains droits généraux dans le cadre d'une interprétation évolutive visant à protéger les êtres humains de la pollution et la dégradation de l'environnement<sup>198</sup>. Ainsi, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré ce qui suit : « La Convention ne reconnaît pas explicitement le droit à un environnement sain et calme, mais lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8<sup>199</sup>. » La Commission interaméricaine des droits de l'homme a également expressément reconnu le lien entre la protection de l'environnement et la jouissance des droits de l'homme garantis par la Convention américaine relative aux droits de l'homme, en affirmant que

bien que ni la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, ni la Convention américaine relative aux droits de l'homme ne comprennent de référence expresse à la protection de l'environnement, il était clair que plusieurs droits fondamentaux qui y étaient consacrés nécessitaient, comme préalable à leur jouissance, une qualité environnementale minimale, et étaient négativement et profondément touchés par la dégradation des ressources

<sup>197</sup> « Étude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement : rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme » (A/HRC/19/34), par. 15 et 16 (le rapport a été établi par un expert indépendant, John Knox, pour le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme).

<sup>198</sup> R. Desgagné, « Integrating environmental values into the European Convention on Human Rights », *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 263 à 294. Voir le projet de conclusion 8 adopté par la Commission en première lecture, intitulé « L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10)*), p. 189 à 197).

<sup>199</sup> *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, CEDH 2003-VIII, par. 96.

naturelles élémentaires. Elle a souligné à cet égard qu'il y avait une relation directe entre l'environnement physique dans lequel vivaient les êtres humains et les droits à la vie, à la sécurité et à l'intégrité physique. Ces droits étaient directement touchés en cas de déforestation, de contamination de l'eau, de pollution ou d'autres types d'atteintes à l'environnement<sup>200</sup>.

## B. Jurisprudence des tribunaux internationaux et des organes conventionnels

73. Il peut être difficile d'analyser la protection de l'atmosphère en examinant l'application des normes relatives aux droits de l'homme dans le cadre du droit international général, car les circonstances et priorités particulières des différentes sociétés amènent les tribunaux régionaux d'une part et les organes conventionnels relatifs aux droits de l'homme d'autre part à interpréter ces normes différemment<sup>201</sup>. En effet, l'importance accordée aux droits relatifs à la protection de l'environnement et l'interprétation de ces droits diffèrent légèrement entre ces tribunaux et ces organes. D'une façon générale, la jurisprudence environnementale de la Cour européenne des droits de l'homme est principalement centrée sur les droits individuels relatifs à la santé humaine et la vie privée et familiale, alors que la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples se centrent davantage sur les droits collectifs des peuples autochtones ou tribaux<sup>202</sup>, bien que personne ne conteste que, compte tenu des éléments communs des décisions de justice en matière environnementale, les dispositions des différents traités devraient à long terme être interprétés et appliqués de façon plus homogène<sup>203</sup>.

### Comité des droits de l'homme

74. À l'échelle mondiale, c'est après 1990 que certains recours relatifs à des préoccupations d'ordre environnemental ont été communiqués au Comité des droits de l'homme, quoi que ces recours aient eu un succès limité quant au fond<sup>204</sup>. En ce qui concerne la protection de l'atmosphère, l'affaire *Bordes et Temeharo c. France*<sup>205</sup> revêt une importance particulière, même si le Comité l'a jugée

<sup>200</sup> *Kuna Indigenous People of Madungandí and Emberá Indigenous People of Bayano and Their Members v. Panama*, décision quant au fond du 13 novembre 2012, rapport n°125/12, affaire 12.354, par. 233.

<sup>201</sup> R. Higgins, « Human rights: some questions of integrity », *Modern Law Review*, vol. 52, 1989, p. 1 à 21; et B. Simma, « International human rights and general international law: a comparative analysis », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Volume IV Book 2, (The Hague, Martinus Nijhoff, 1995), p. 153 à 236.

<sup>202</sup> Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law* (voir note 189 du présent document), p. 307 à 311.

<sup>203</sup> Cela ne signifie pas que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière doit être suivie par les autres juridictions et organes relatifs aux droits de l'homme. Voir Higgins, « Human rights: some questions of integrity » (footnote 204 above), p. 7. Cf. L. Lixinski, « Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law », *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 3, 2010, p. 585 à 604 à p. 594 à 596.

<sup>204</sup> Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law* (voir note 190 du présent document), p. 306.

<sup>205</sup> *Bordes et Temeharo c. France*, Communication n° 645/1995, Décision adoptée le 22 juillet 1996, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 40* (A/51/40), vol. II, annexe IX, sect. G.

irrecevable. Elle concernait des essais nucléaires souterrains réalisés par la France dans le Pacifique Sud en 1995 et 1996, essais qui ont conduit la Nouvelle-Zélande à porter l'affaire *Essais nucléaires II* devant la Cour internationale de Justice<sup>206</sup>. Dans l'affaire *Bordes et Temeharo c. France*, des citoyens français résidant dans des îles du Pacifique Sud ont affirmé que les tests réalisés par la France contrevenaient à leurs droits à la vie (art. 6) et à la vie privée et familiale (art. 17) garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Selon eux, les tests nucléaires avaient fracturé la structure géologique des atolls, et les particules radioactives qui s'écoulaient des fissures contaminaient l'atmosphère et exposaient la population des alentours de la zone de test à un risque aggravé de radiation. Le Comité a rappelé que « pour qu'une personne puisse se prétendre victime d'une violation d'un droit protégé par le Pacte, elle doit prouver soit que l'acte ou l'omission de l'État partie a déjà eu des conséquences négatives sur l'exercice de ce droit, soit que la menace de telles conséquences est réelle »<sup>207</sup>, considérant que les demandeurs n'étaient pas « victimes » de l'infraction du fait de la distance qui les séparait du dommage, et que la demande n'était pas recevable. Il convient toutefois de noter que le Comité n'a pas rejeté la possibilité que la pollution atmosphérique par un État contrevienne aux droits à la vie et à la vie privée et familiale garantis par le Pacte, sous réserve que le lien direct entre cette pollution et l'atteinte aux droits soit établi.

#### Cour européenne des droits de l'homme

75. C'est dans l'affaire *López Ostra c. Espagne*, en 1994, que la Cour européenne des droits de l'homme a clairement reconnu pour la première fois que des questions d'environnement pouvaient se poser dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme même en l'absence de droit portant expressément sur l'environnement<sup>208</sup>. En l'espèce, la requérante, une Espagnole résidant dans la ville de Lorca (Espagne), affirmait que les fumées d'une usine de traitement des déchets construite par une société privée à proximité de son domicile polluaient l'atmosphère de la ville et causaient des problèmes de santé et des nuisances à sa famille et à elle-même, enfreignant ainsi l'article 8 (« Droit au respect de la vie privée et familiale ») de la Convention. La Cour a souscrit aux constatations de la Commission selon lesquelles « il pouvait y avoir un lien de causalité entre [les] émanations et les affections dont souffrait la fille de la requérante »<sup>209</sup>. Elle a ajouté que « [c]ertes, les autorités espagnoles, et notamment la municipalité de Lorca, n'étaient pas en principe directement responsables des émanations dont il s'agi[ssait] »<sup>210</sup>, puisque l'usine en question appartenait à une société privée, qui la contrôlait et l'exploitait. Toutefois, elles avaient selon la Cour l'« obligation positive [...] [d']adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu » garantis par la Convention<sup>211</sup>, parce que la ville avait permis l'installation de l'usine sur des terrains lui appartenant et subventionné sa

<sup>206</sup> *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), C.I.J. Recueil 1995, p. 288.

<sup>207</sup> *Bordes et Temeharo c. France*, Communication n° 645/1995, par. 5.4.

<sup>208</sup> M. Fitzmaurice, *Contemporary Issues in International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, p. 186. *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, série A, n° 303-C.

<sup>209</sup> *Ibid.*, par. 49.

<sup>210</sup> *Ibid.*, par. 52.

<sup>211</sup> *Ibid.*, par. 51.

construction<sup>212</sup>. La Cour a finalement conclu qu'en ne prenant pas de mesures en ce sens, l'Espagne avait enfreint l'article 8.

76. La question qui se posait à la Commission européenne des droits de l'homme, comme elle s'appelait alors, en l'affaire *Noel Narvii Tauria et 18 autres c. France* (1995)<sup>213</sup> était la même que dans l'affaire *Bordes et Temeharo c. France*, portée devant le Comité des droits de l'homme (voir par. 74 *supra*). Les requérants y soutenaient que la décision de la France de reprendre les essais nucléaires dans le Pacifique Sud constituerait une violation de leur « Droit à la vie » et de leur « Droit au respect de la vie privée et familiale » au sens des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et de l'article 1 (« Protection de la propriété ») de son protocole n° 1. Comme le Comité, la Commission a estimé que « [p]our qu'un requérant puisse se prétendre victime d'une violation de la Convention, il [devait] exister un lien suffisamment direct entre le requérant et le préjudice qu'il estim[ait] avoir subi du fait de la violation alléguée »<sup>214</sup> et que « [l]a seule invocation des risques inhérents à l'utilisation de l'énergie nucléaire [...] ne suffi[sait] pas pour permettre aux requérants de se prétendre victimes d'une violation de la Convention, bon nombre d'activités humaines étant génératrices de risques ». Elle a conclu comme le Comité que la requête était irrecevable parce que les requérants n'avaient pas étayé leurs allégations<sup>215</sup> mais à la différence de celui-ci, elle a clairement reconnu la recevabilité d'une action contre un risque de violation future, estimant que « dans des circonstances tout à fait exceptionnelles [...] le risque d'une violation future p[ouvait] néanmoins conférer à un requérant la qualité de victime d'une violation de la Convention », les requérants ayant invoqué le risque potentiel qu'un échappement de radioactivité découlant de la fracturation des atolls constituait pour leur vie, leur santé et leur vie familiale<sup>216</sup>. Elle a ajouté que « [p]our que dans une telle situation le requérant puisse se prétendre victime, il [fallait] toutefois qu'il produise des indices raisonnables et *convaincants* de la probabilité de réalisation d'une violation en ce qui le concern[ait] personnellement; [que] de simples suspicions ou conjectures [étaient] insuffisantes à cet égard. »<sup>217</sup>

77. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection de l'atmosphère s'est développée encore à l'occasion de l'affaire *Fadeïeva c. Russie*, en 2005<sup>218</sup>. Il s'agissait d'un cas de pollution atmosphérique intrafrontalière générée dans la ville de Tcherepovets (Fédération de Russie) par l'aciérie Severstal, privatisée en 1993, et à laquelle les requérants, qui vivaient dans un appartement à proximité, reprochaient d'avoir porté atteinte au droit à la santé et au bien-être que leur garantissait l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a souligné que pour soulever une question au titre de l'article 8 (« Droit au respect de la vie privée et familiale »), le requérant devait établir a) un lien de causalité entre la pollution ou la dégradation de l'environnement et une atteinte à un droit de l'homme protégé, et b) un seuil de

<sup>212</sup> Ibid., par. 52.

<sup>213</sup> *Noel Narvii Tauria et 18 autres c. France*, requête n° 28204/95, décision de la Commission du 4 décembre 1995, Décisions et rapports 83-B, p. 112.

<sup>214</sup> Ibid., p. 130.

<sup>215</sup> Ibid., p. 131.

<sup>216</sup> Ibid., p. 130.

<sup>217</sup> Ibid., p. 131 (les italiques sont de nous).

<sup>218</sup> *Fadeïeva c. Russie*, requête n° 55723/00, Cour européenne des droits de l'homme, Recueil des arrêts et décisions, 2005-IV.

gravité suffisant pour que les conséquences néfastes relèvent de l'article 8 de la Convention<sup>219</sup>. Ayant constaté que ces deux conditions étaient remplies, elle a relevé qu'en l'espèce, l'aciérie Severstal n'était pas détenue, contrôlée ou exploitée par la Fédération de Russie à l'époque des faits<sup>220</sup>. Elle a cependant souligné que « dans les affaires d'environnement, la responsabilité de l'État [pouvait] être engagée du fait de l'absence de réglementation adéquate de l'industrie privée », et examiné la question de savoir si celui-ci avait l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits garantis par le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention<sup>221</sup>. Considérant que les autorités étaient à même d'apprécier les dangers induits par la pollution et de prendre des mesures propres à les prévenir ou à les réduire<sup>222</sup>, elle a fini par conclure qu'il existait « entre les émissions polluantes et le comportement de l'État un lien suffisant » et que la Fédération de Russie avait violé l'article 8 de la Convention.

### Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

78. L'affaire des *Ogoni* (2001) portait sur la dégradation de l'environnement et les problèmes de santé du peuple ogoni, au Nigéria, causés par la contamination de l'eau, du sol et de l'air due à l'exploitation de ressources par un consortium pétrolier, dans laquelle le Gouvernement nigérian était impliqué<sup>223</sup>. Les plaignants soutenaient que par ses actions et omissions, le Nigéria avait enfreint plusieurs de leurs droits fondamentaux, dont ceux visés aux articles 4 (droit à la vie), 16 (droit à la santé) et 24 (droit à un environnement satisfaisant) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a d'abord énoncé la condition de la recevabilité de la plainte, à savoir l'existence d'un lien entre la pollution ou dégradation de l'environnement et les atteintes aux droits de l'homme, soulignant que « [c]es droits reconnaissent l'importance d'un environnement propre et sain [...], pour autant que l'environnement affecte la qualité de la vie et la sécurité de l'individu »<sup>224</sup>. Elle a dit ensuite que la violation des droits de l'homme alléguée par le plaignant supposait des obligations tant négatives que positives<sup>225</sup>. Enfin, elle a renvoyé à certains précédents de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>226</sup>, soulignant qu'« [e]n tant qu'instrument des droits de l'homme, la

<sup>219</sup> Ibid., par. 68 et 69.

<sup>220</sup> Ibid., par. 89. L'usine avait déjà libéré des substances toxiques dans l'atmosphère de la ville avant sa privatisation en 1993 mais la Cour n'a pris en considération que la période d'après le 5 mai 1998, date à laquelle la Convention européenne des droits de l'homme est entrée en vigueur pour la Fédération de Russie.

<sup>221</sup> Ibid., par. 89.

<sup>222</sup> Ibid., par. 92.

<sup>223</sup> *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR)/Nigéria*, décision du 27 octobre 2001, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication n° 155/96. L'affaire concernait également le comportement envers le peuple ogoni de l'armée et des forces de sécurité nigérianes, qui avaient attaqué, brûlé et détruit plusieurs villages et habitations. Toutefois, le présent rapport ne porte que sur les questions relatives à l'environnement. Voir F. Coomans, « The *Ogoni* case before the African Commission on Human and Peoples' Rights », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, p. 749 à 760.

<sup>224</sup> Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Communication n° 155/96, par. 51.

<sup>225</sup> Ibid., par. 44.

<sup>226</sup> Ibid., par. 57.

Charte africaine [n'était] pas étrangère à ces concepts »<sup>227</sup>. Selon la Commission, le droit à la santé (art. 16) imposait aux États l'obligation négative de « cesser de menacer directement la santé et l'environnement de leurs citoyens »<sup>228</sup>, et le droit à un environnement satisfaisant (art. 24) l'obligation positive de « prendre des mesures raisonnables et d'autres mesures pour prévenir la pollution et la dégradation écologique, favoriser la préservation de l'environnement et garantir un développement écologiquement durable et l'utilisation des ressources naturelles »<sup>229</sup>, notamment en réalisant des évaluations de l'impact écologique, en assurant une surveillance adéquate et en fournissant des informations. Enfin, ayant examiné le comportement du Gouvernement nigérian, la Commission a conclu à une violation des articles 16 et 24 de la Charte. En ce qui concerne le droit à la vie, elle a conclu à une violation de l'article 4, au motif que « [l]a pollution et la dégradation de l'environnement à un niveau humainement inacceptable a[vait] fait que vivre au pays Ogoni [était] devenu un cauchemar »<sup>230</sup>.

### Commission interaméricaine des droits de l'homme

79. En l'affaire *Community of La Oroya v. Peru*, la pétition portait sur une pollution de l'air, du sol et des eaux causée par le complexe métallurgique exploité par l'entreprise des États-Unis Doe Run à La Oroya (Pérou)<sup>231</sup>. Selon les pétitionnaires, le Pérou s'en était rendu responsable tant par action que par omission, notamment par l'absence de contrôle du complexe, de supervision et de mesures pour atténuer les effets néfastes. Avant de se prononcer, la Commission a conclu que s'ils étaient avérés, les décès ou problèmes de santé présumés découler d'actions et d'omissions de l'État face à la pollution provoquée par le complexe métallurgique de La Oroya pouvaient constituer une violation des droits consacrés aux articles 4 (« Droit à la vie ») et 5 (« Droit à l'intégrité de la personne ») de la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>232</sup>.

Comme la contamination avait été causée par un complexe exploité par une entreprise privée, la Commission a fait valoir l'obligation positive de l'État de prendre des mesures pour éviter que des tiers ne mettent en danger la vie et la santé d'autrui.

80. Les changements climatiques ont des effets spécifiques bien identifiables sur les régions polaires et les populations qui y vivent. Deux groupes autochtones ont saisi séparément la Commission interaméricaine de pétitions soulevant des questions liées à ces changements<sup>233</sup>. En 2005, la Présidente de la Conférence circumpolaire inuite a déposé au nom des Inuits des régions arctiques des États-Unis et du Canada une pétition contre les États-Unis, alléguant que les effets des changements climatiques provoqués dans l'Arctique par les émissions de gaz à effet de serre des États-Unis violaient les droits fondamentaux des Inuits protégés par la

<sup>227</sup> Ibid., par. 44.

<sup>228</sup> Ibid. par. 52.

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> Ibid., par. 67.

<sup>231</sup> *Community of La Oroya v. Peru*, décision sur la recevabilité, 5 août 2009, Rapport n° 76/09, Pétition 1473-06. Le complexe a été nationalisé en 1974 puis acheté par l'entreprise américaine en 1997.

<sup>232</sup> Ibid., par. 74.

<sup>233</sup> V. de la Rosa Jaimes, « Climate change and human rights litigation in Europe and the Americas », *Seattle Journal of Environmental Law*, vol. 5, n° 1, 2015, p. 191 à 195.

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme et d'autres instruments internationaux<sup>234</sup>, notamment leurs droits aux bienfaits de la culture, à la propriété, à la préservation de la santé, de la vie, de l'intégrité physique, de la sécurité et des moyens de subsistance, ainsi qu'à la résidence et aux déplacements et à l'inviolabilité du domicile. Toutefois, en 2006, la Commission a rejeté la pétition, concluant que les pétitionnaires n'avaient pas démontré que les faits allégués pouvaient être qualifiés de violation de droits protégés par la Déclaration<sup>235</sup>. En 2013, le Conseil arctique des Athabaskans a déposé au nom de tous les peuples athabaskans des régions arctiques du Canada et des États-Unis, une pétition contre le Canada, affirmant que le réchauffement de l'Arctique, dû à l'inaction du Canada et à l'absence de réglementation efficace sur les émissions de carbone noir, violait les droits de l'homme des peuples athabaskans de ces régions, dont le droit aux bienfaits de leur culture, le droit à la propriété et le droit à la santé consacrés par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme<sup>236</sup>. La recevabilité de cette pétition est toujours à l'examen.

### C. Droits substantiels

81. Il ressort de l'analyse comparative des décisions concernant l'environnement et de celles rendues par les juridictions et organes compétents en matière de droits de l'homme que les droits substantiels « généraux » les plus souvent invoqués dans les actions en matière environnementale sont « le droit à la vie » (art. 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; art. 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant; art. 10 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées; art. 2 de la Convention européenne des droits de l'homme; art. 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; et art. 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples), « le droit à la vie privée et familiale » (art. 17 du Pacte; article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme; art. 11, par. 2, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme) et « le droit à la propriété » (art. 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme; art. 21 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; art. 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples)<sup>237</sup>. Lorsque les instruments relatifs aux droits de l'homme ne prévoient pas expressément un droit « spécifique » de l'environnement, les juridictions et les organes conventionnels des droits de l'homme considèrent que les droits généraux

<sup>234</sup> Inuit Circumpolar Conference, *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations resulting from Global Warming caused by Acts and Omissions of the United States*, 7 décembre 2005, disponible à l'adresse [www.inuitcircumpolar.com/uploads/3/0/5/4/30542564/finalpetitionicc.pdf](http://www.inuitcircumpolar.com/uploads/3/0/5/4/30542564/finalpetitionicc.pdf) (consultée le 20 février 2017).

<sup>235</sup> Voir la lettre adressée le 16 novembre 2006 à Paul Crowley par Ariel E. Dulitzky, Secrétaire exécutif adjoint de l'Organisation des États américains, concernant l'affaire Sheila Watt-Cloutier *et al* (pétition n° P-1413-05, États-Unis), disponible à l'adresse <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/science/16commissionletter.pdf> (consultée le 20 février 2017).

<sup>236</sup> Arctic Athabaskan Council, *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada*, 23 avril 2013, disponible à l'adresse [http://earthjustice.org/sites/default/files/AAC\\_PETITION\\_13-04-23a.pdf](http://earthjustice.org/sites/default/files/AAC_PETITION_13-04-23a.pdf) (consultée le 20 février 2017).

<sup>237</sup> D. Shelton, « Human rights and the environment: substantive rights », in M. Fitzmaurice, D.M. Ong et P. Merkouris (dir.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 267, et 269 à 278.

garantis par ces instruments recouvrent le droit à un environnement sain et le droit à la santé<sup>238</sup>. En outre, même lorsque des instruments relatifs aux droits de l'homme consacrent des droits spécifiques en matière d'environnement, comme le fait la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, les juridictions et organes conventionnels compétents appliquent aussi bien des droits généraux comme le droit à la vie que des droits spécifiques comme le droit à un environnement sain et le droit à la santé, comme on l'a vu dans les affaires concernant les Ogonis et les Inuits. Ces droits généraux se retrouvent dans tous les instruments relatifs aux droits de l'homme, mondiaux ou régionaux, et peuvent donc devenir universellement applicables si la jurisprudence en la matière continue d'évoluer dans ce sens.

82. Cependant, certaines conditions essentielles doivent être remplies pour que le droit international des droits de l'homme contribue à la protection de l'atmosphère<sup>239</sup>. Premièrement, le droit international des droits de l'homme demeure un système juridique axé sur le dommage corporel<sup>240</sup>, aussi faut-il établir un lien direct entre la pollution ou dégradation atmosphérique et l'atteinte à un droit protégé. Deuxièmement, il faut un seuil de gravité suffisant pour que les conséquences néfastes de la pollution ou de la dégradation atmosphérique relèvent de ce droit. L'appréciation de ce seuil est relative, elle dépend du contenu du droit invoqué et de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce, telles que l'intensité des nuisances, leur durée et leurs effets physiques ou psychiques. Troisièmement et surtout, il faut établir un lien de causalité entre l'action ou l'omission de l'État et la pollution ou dégradation atmosphérique.

83. Les obligations des États découlant des droits en question sont de deux ordres. En principe, les États sont tenus de s'abstenir – obligation négative – de toute ingérence directe ou indirecte dans l'exercice des droits fondamentaux, autrement dit, de respecter ces droits. Il ressort cependant de la jurisprudence et notamment des décisions susmentionnées des juridictions et organes compétents en matière de droits de l'homme que ce devoir d'abstention est assorti d'une obligation de protéger ces droits – obligation positive – en prenant toutes les mesures à cette fin<sup>241</sup>. Les États doivent donc prendre des mesures positives pour protéger ces droits de toute ingérence de tiers, qu'il s'agisse de personnes ou d'entreprises privées. Cette dernière obligation suppose notamment de prendre des mesures législatives et autres nécessaires et suffisantes pour empêcher que des tiers ne portent atteinte à des droits garantis. Comme le Comité des droits de l'homme l'a justement déclaré, les obligations en droit international des droits de l'homme « n'ont pas [...] un effet horizontal direct » mais il peut y avoir des cas où la responsabilité de l'État est engagée s'il « tolère [de tels actes, commis par des personnes privées, physiques ou

<sup>238</sup> R. R. Churchill, « Environmental rights in existing human rights treaties », in A.E. Boyle et M.R. Anderson (dir.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 89 à 98.

<sup>239</sup> Dupuy et Viñuales, *International Environmental Law* (voir note 189 *supra*), p. 320 à 329.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 308 et 309.

<sup>241</sup> A. A. Cançado Trindade, « The contribution of international human rights law to environmental protection, with special reference to global environmental change », in E. Brown Weiss (dir.), *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions*, Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 272 et 280.

morales] ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir [...] le préjudice qui en résulte »<sup>242</sup>.

#### D. Personnes vulnérables

84. Certains groupes de personnes méritent une attention particulière en droit international en raison de leur vulnérabilité aux effets de la pollution et de la dégradation atmosphériques, notamment les populations autochtones, les habitants de petits pays en développement insulaires et de faible altitude, les femmes, les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées. Selon les dernières données publiées par l'Organisation mondiale de la Santé en septembre 2016, quelque 6,5 millions de décès par an (soit 11,6 % de l'ensemble des décès dans le monde) sont imputables à la pollution atmosphérique, les hausses les plus importantes ayant été enregistrées dans les zones urbaines des pays à faible revenu<sup>243</sup>. Face à ce problème, l'Assemblée générale traite de la pollution atmosphérique dans les objectifs de développement durable de son Programme de développement durable à l'horizon 2030, spécifiquement dans les objectifs 3.9 et 11.6, demandant en particulier de réduire sensiblement le nombre de décès et de maladies dus à la pollution atmosphérique et d'accorder une attention particulière à la qualité de l'air ambiant dans les villes<sup>244</sup>.

85. L'OMS a également noté que toutes les populations seraient touchées par les changements climatiques mais que les risques sanitaires initiaux variaient grandement selon le lieu d'habitation et le mode de vie. Les personnes vivant dans des petits États insulaires en développement, des régions côtières, des mégapoles, des régions montagneuses ou des régions polaires sont particulièrement exposées, de diverses manières. Les effets sur la santé devraient être plus graves chez les personnes âgées, infirmes ou souffrant d'affections préexistantes, ainsi que chez les personnes handicapées. L'OMS a noté en outre que ce serait probablement surtout les enfants et les pauvres, en particulier les femmes, qui supporteraient l'essentiel du coût important de la charge de morbidité résultante<sup>245</sup>. Les grandes maladies les

<sup>242</sup> Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, supplément n° 40 (A/59/40)*, annexe III, Observation générale n° 31 (2004) relative à la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, par. 8.

<sup>243</sup> OMS, *Ambient Air Pollution : A Global Assessment of Exposure and Burden of Disease*, Genève, 2016. Voir également OMS, « Burden of disease from the joint effects of household and ambient air pollution for 2012 », Genève, 2014; résolution 1/7 (2014) de l'Assemblée des Nations Unies pour l'environnement sur le renforcement du rôle du Programme des Nations Unies pour l'environnement dans la promotion de la qualité de l'air, UNEP/EA.1/10, annexe I; résolution WHA68.8 de l'Assemblée mondiale de la santé du 26 mai 2015 : Santé et environnement : agir face aux conséquences sanitaires de la pollution de l'air; J. Lelieveld *et al.*, « The contribution of outdoor air pollution sources to premature mortality on a global scale, » *Nature*, vol. 525, n° 765, 2015, p. 367 à 371.

<sup>244</sup> Résolution 70/1 de l'Assemblée générale du 25 septembre 2015; voir B. Lode, P. Schönberger et P. Toussaint, « Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda, and in international law », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 25, n° 1, 2016, p. 27 à 38. Voir également les indicateurs pour ces cibles définies en 2016 (3.9.1 : taux de mortalité attribuable à la pollution dans l'air ambiant et dans les habitations et 11.6.2 : niveaux moyens annuels de quantité de particules fines dans les villes).

<sup>245</sup> Note de bas de page ajoutée. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a adopté un programme sur l'aspect égalité des sexes des risques de catastrophe et des

plus sensibles aux changements climatiques (diarrhée, maladies transmises par un vecteur, telles que le paludisme, et infections associées à la sous-alimentation) sont plus graves chez les enfants qui vivent dans la pauvreté<sup>246</sup>.

Ainsi, par exemple, le Groupe de la Banque mondiale s'est employé ces dernières années à élaborer des politiques pour aider les populations les plus vulnérables aux changements climatiques. Selon son Plan d'action sur les changements climatiques, les groupes extrêmement vulnérables comprennent les personnes très pauvres – celles qui n'ont pas accès aux services d'infrastructure de base ni à la protection sociale –, les enfants, les femmes et les personnes âgées, les personnes handicapées, les populations autochtones, les réfugiés et les migrants, et les personnes vivant dans des zones très exposées telles que les petites îles et les deltas<sup>247</sup>.

86. Le statut juridique des peuples autochtones n'est pas encore suffisamment établi en droit international, si ce n'est par une pratique conventionnelle limitée et des instruments de droit souple<sup>248</sup>. Or, il ressort du rapport du Sommet mondial des peuples autochtones sur les changements climatiques qu'ils sont les plus vulnérables aux effets des changements climatiques parce qu'ils vivent dans les zones les plus touchées par ceux-ci et sont généralement les plus défavorisés sur le plan socioéconomique<sup>249</sup>. Ils devraient donc assurément figurer dans les catégories de personnes à protéger spécialement des effets de la dégradation de l'atmosphère.

## E. Générations futures

87. Comme nous l'avons souligné dans le projet de directive 6 adopté à titre provisoire en 2016 et dans notre troisième rapport<sup>250</sup>, l'utilisation équitable et

---

changements climatiques; voir [www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx) (page consultée le 20 février 2017).

<sup>246</sup> OMS, *Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People*, Genève, 2009, p. 2.

<sup>247</sup> Groupe de la Banque mondiale, *Climate Change Action Plan*, 7 avril 2016, par. 104, disponible à l'adresse <http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf> (consultée le 20 février 2017).

<sup>248</sup> Dans la résolution 61/295 de l'Assemblée générale du 13 septembre 2007 intitulée « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », aucune définition de « peuples autochtones » n'est fournie, ce qui laisse cette question ouverte pour l'avenir. L'auto-identification du groupe est considérée comme un élément essentiel dans la détermination de son statut et de sa taille. Voir R. L. Barsh, « Indigenous peoples », in D. Bodansky, J. Brunée and E. Hey (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 829 à 852; B. Kingsbury, « Indigenous peoples », in R. Wolfrum (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. V, p. 116 à 133; H.A. Strydom, « Environment and indigenous peoples », in R. Wolfrum (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. III, p. 455 à 461.

<sup>249</sup> Rapport du Sommet mondial des peuples autochtones sur les changements climatiques, 20-24 avril 2009, Anchorage (Alaska), p. 12, disponible à l'adresse [www.un.org/ga/president/63/letters/globalsummitoncc.pdf#search=%27](http://www.un.org/ga/president/63/letters/globalsummitoncc.pdf#search=%27) (consultée le 20 février 2017).

<sup>250</sup> A/CN.4/692, par. 69 à 78. Voir également la suggestion de la Malaisie lors du débat sur le sujet à la Sixième Commission en octobre 2016, tendant à un examen plus approfondi des facteurs à évaluer pour concilier les intérêts des générations actuelles et futures (Documents officiels de

raisonnable de l'atmosphère devrait également tenir compte de l'intérêt des générations futures. Nous estimons nécessaire d'insister sur ce point dans le contexte de la protection des droits de l'homme. Cette obligation intergénérationnelle a déjà été exprimée dans le principe 1 de la Déclaration de Stockholm (« devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ») et dans la notion même de développement durable formulée dans le Rapport Brundtland de 1987 (« le développement répondrait aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures<sup>251</sup> »), ainsi que dans le préambule du Programme de développement durable à l'horizon 2030 (« répondre aux besoins des générations actuelles et futures »). Elle figure également à l'article 4 de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (reconnaissant « l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures » du patrimoine culturel et naturel); au paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (« il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures »), dans le préambule de la Convention sur la diversité biologique et dans d'autres traités ultérieurs, notamment à l'article 4 (iv) de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs (les parties doivent « s'efforcer d'éviter les actions dont les effets raisonnablement prévisibles sur les générations futures sont supérieurs à ceux qui sont admis pour la génération actuelle »). Dans son avis consultatif sur les armes nucléaires, rendu en 1996, la Cour internationale de Justice a estimé qu'il était « impératif [...] de tenir compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire, et en particulier de [...] son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir<sup>252</sup> », et le juge Weeramantry a estimé dans son opinion dissidente que « la notion de droits des générations futures n'est plus une notion embryonnaire cherchant à acquérir une reconnaissance juridique. Elle s'est intégrée au droit international<sup>253</sup> ».

88. Aucun détenteur de droits n'a actuellement qualité à invoquer ces obligations mais d'après la doctrine, les droits en question pourraient être exercés par un « tuteur » ou représentant des générations futures<sup>254</sup>. En ce qui concerne la protection de l'atmosphère en particulier, des tribunaux de plusieurs pays ont récemment rendu des décisions confirmant le droit fondamental d'un mineur représenté par un tuteur de contester l'action (ou l'inaction) des autorités dans ce

l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Sixième Commission, 26e séance (A/C.6/71/SR.26 67), par. 67).

<sup>251</sup> « Rapport de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement : note du Secrétaire général » (A/42/427), annexe, chap. 2, par. 1.

<sup>252</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 244, par. 36.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 455.

<sup>254</sup> E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations : International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Tokyo, Presses de l'Université des Nations Unies, 1989, p. 96; M. Bruce, « Institutional aspects of a charter of the rights of future generations », in S. Busuttill et al. (dir.), *Our Responsibilities Towards Future Generations*, Malte, UNESCO et Fondation pour les études internationales, University of Malta, 1990, p. 127 à 131; T. Allen, « The Philippine children's case: recognizing legal standing for future generations », *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6, 1994, p. 713 à 741, renvoyant à l'arrêt *Minors Oposa et al. c. Factoran*, Cour suprême des Philippines, 30 juillet 1993, *International Legal Materials*, vol. 33, 1994, p. 173 à 206.

domaine<sup>255</sup>. Dans certaines de ces affaires, la qualité à agir se fondait sur ce qu'on appelle la « doctrine de la fiducie d'intérêt public<sup>256</sup> », qui tient les gouvernements responsables de l'administration des ressources environnementales communes<sup>257</sup>. Cependant, les tribunaux internationaux n'ont rendu à ce jour aucune décision conférant de tels droits coutumiers intergénérationnels de ce type<sup>258</sup>, c'est pourquoi à la soixante-huitième session de la Commission, le Comité de rédaction, a préféré le terme « intérêts » à celui de « bénéfice » dans le projet de directive 6<sup>259</sup>. Le même terme est donc utilisé au paragraphe 4 du nouveau projet de directive 12 ci-dessous.

## F. Problèmes de procédure : application extrajuridictionnelle\*\*\*\*

89. Le problème le plus curieux de la relation entre droit relatif à l'atmosphère et droit des droits de l'homme est la différence fondamentale en termes d'application. Alors que le droit de l'atmosphère s'applique non seulement aux États des victimes mais aussi aux États où se situe la cause du dommage, les traités relatifs aux droits de l'homme ne s'appliquent qu'aux personnes relevant de la juridiction d'un État (art. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et art. 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>260</sup>). Comme la plupart des décisions de jurisprudence examinées ci-dessus concernaient des actions en justice intentées contre un État par ses ressortissants pour des cas de pollution atmosphérique intrafrontalière, on a pu aisément considérer que les traités relatifs aux droits de

<sup>255</sup> Sur les affaires « *children's atmospheric trust* » jugées ou en instance devant plusieurs tribunaux fédéraux et tribunaux d'État des États-Unis, voir M.C. Wood et T.C. Woodward, IV, « Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last », *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6, 2016, p. 634 à 684. Concernant une affaire similaire en instance devant la Cour suprême du Pakistan, voir *Rabab Ali c. Fédération du Pakistan*, résumé disponible à l'adresse [www.ourchildrenstrust.org/pakistan](http://www.ourchildrenstrust.org/pakistan) (consultée le 20 février 2017).

<sup>256</sup> Voir C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection*, Manchester, Manchester University Press, 1999; K. Coghill, C. Sampford et T. Smith (dir.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust*, Londres, Routledge, 2012; M.C. Blumm et M.C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2<sup>e</sup> édition, Durham, Carolina Academic Press, 2015; K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015.

<sup>257</sup> Dans un arrêt qui a fait date, rendu le 13 décembre 1996, la Cour suprême de l'Inde a estimé que la doctrine de la fiducie d'intérêt public faisait partie du droit interne; M.C. Mehta c. Kamal Nath *et al.*, 1997, 1 Supreme Court Cases 388, reproduit dans C.O. Okidi (dir.), *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to Environment: National Decisions*, vol. I, Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'environnement/Programme des Nations Unies pour le développement, 1998, p. 259. Voir J. Razzaque, « Application of public trust doctrine in Indian environmental cases », *Journal of Environmental Law*, vol. 13, n° 2, 2001, p. 221 à 234.

<sup>258</sup> C. Redgwell, « Intra- and inter-generational equity », in C.P. Carlarne, K.R. Gray et R.G. Tarasofsky (dir.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p.198.

<sup>259</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 10 (A/71/10), p. 308, commentaire sur le projet de directive 6, par. 3.

\*\*\*\* L'expression « application extra-juridictionnelle » d'un traité est employée ici pour marquer la différence avec l'expression « application extra-territoriale » d'une loi nationale.

<sup>260</sup> A. Boyle, « Human rights and the environment: where next? », *European Journal of International Law*, vol. 23, n° 3, 2012, p. 633 à 641.

l'homme imposaient aux États l'obligation positive d'agir face à la pollution et à la dégradation atmosphériques. Toutefois, lorsqu'une activité préjudiciable à l'environnement menée dans un État porte atteinte aux droits de personnes se trouvant dans un autre État, l'affaire devient une question d'application extrajuridictionnelle qui ne peut plus être réglée dans le cadre des traités relatifs aux droits de l'homme. En d'autres termes, ces traités ne peuvent être appliqués de façon extrajuridictionnelle à l'État qui se trouverait à l'origine des dommages environnementaux. C'est la difficulté fondamentale s'agissant de recourir aux traités relatifs aux droits de l'homme pour s'attaquer aux problèmes environnementaux.

90. Comment résoudre cette difficulté? Une solution serait de prendre en compte l'objet et le but des traités relatifs aux droits de l'homme. Il convient de noter que dans son avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, la Cour internationale de Justice a estimé ce qui suit : « si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au pacte soient tenus d'en respecter les dispositions<sup>261</sup>. ». L'objet et le but fondamentaux des traités relatifs aux droits de l'homme est de protéger les droits de l'homme sur la base du principe de non-discrimination mais on ne saurait raisonnablement en conclure que le droit international des droits de l'homme ne s'applique pas à la pollution atmosphérique transfrontière ni à la dégradation mondiale de l'atmosphère et que le droit ne peut protéger que les victimes de la pollution intrafrontalière. Le principe de non-discrimination exige de l'État responsable qu'il traite la pollution et la dégradation transfrontières comme il traite la pollution à l'intérieur de ses frontières<sup>262</sup>. Dans le même ordre d'idées, un autre moyen de résoudre cette difficulté serait de recourir au critère de « conséquence nécessaire et prévisible ». Le Comité des droits de l'homme a examiné la portée juridictionnelle de l'application des différents instruments relatifs aux droits de l'homme à des affaires concernant l'extradition d'un fugitif par un État vers un autre État où il était passible de la peine de mort (affaire *Joseph Kindler c. Canada*). Le Comité des droits de l'homme a cependant déclaré que « si un État partie prend une décision concernant une personne sous sa juridiction, dont la conséquence nécessaire et prévisible est que les droits de cette personne en vertu du Pacte seront violés sous une autre juridiction, l'État partie lui-même peut violer le Pacte<sup>263</sup> », ce qui peut être vu comme une forme de non-

<sup>261</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, C.I.J., Recueil 2004*, p. 179, par. 109.

<sup>262</sup> Boyle, « Human rights and the environment ... » (voir note 260 ci-dessus), p. 639 et 640.

<sup>263</sup> *Joseph Kindler c. Canada*, Communication n° 470/1991, constatations adoptées le 30 juillet 1993, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième Session, Supplément n° 40* (A/48/40), annexe XII, sect. U, par. 6.2. L'auteur était un fugitif, déclaré coupable d'assassinat et d'enlèvement et condamné à la peine capitale aux États-Unis en 1983. En 1984, il s'est enfui au Canada, où il a été arrêté et détenu en 1985, puis extradé vers les États-Unis. Il a allégué que le Canada avait violé certains des droits garantis par le Pacte. Le Canada a soutenu que l'auteur ne saurait être considéré comme une victime dans la juridiction du Canada, dont il ne relevait plus puisqu'il avait déjà été extradé vers les États-Unis. Le Comité des droits de l'homme a utilisé Les critères de conséquences nécessaires et prévisibles, de risque réel ou d'anticipation raisonnable lorsqu'il a procédé à une application extra-juridictionnelle du Pacte dans des affaires d'extradition : *Kindler c. Canada*, *ibid.*, par. 6.2 et 13.2; *Chitat Ng c. Canada*, Communication n° 469/1991, constatations adoptées le 5 novembre 1993, *ibid.*, quarante-neuvième Session (A/49/40), annexe IX, sect. CC, par. 7; *Cox c. Canada*, Communication n° 539/1993,

discrimination en droit des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé ce même principe afin de surmonter la difficulté de l'application extra-juridictionnelle des traités relatifs aux droits de l'homme<sup>264</sup>.

91. Pour surmonter cette difficulté d'application des traités relatifs aux droits de l'homme, on pourrait également considérer que les droits fondamentaux intéressant au premier chef la protection de l'atmosphère, tels que le droit à la vie et le droit à la propriété, sont maintenant partie intégrante du droit international coutumier. Puisque celui-ci peut s'appliquer sans limite de compétence, les normes relatives aux droits de l'homme pourraient également s'appliquer à tous les États, qu'ils soient à l'origine du dommage ou qu'ils en soient victimes. De fait, de nombreuses normes relatives aux droits de l'homme sont aujourd'hui considérées comme des règles établies ou émergentes de droit international coutumier<sup>265</sup>. On pourra alors considérer qu'elles recourent des normes de droit de l'environnement telles que la diligence requise (projet de directive 3), l'étude d'impact sur l'environnement (projet de directive 4) l'utilisation durable (projet de directive 5) et l'utilisation équitable (projet de directive 6), ce qui permettrait d'interpréter et d'appliquer harmonieusement les deux types de normes.

92. Au vu de ce qui précède, nous proposons le projet de directive 12 suivant :

**Projet de directive 12 : Lien entre le droit de la protection de l'atmosphère et le droit des droits de l'homme**

**1. Les États devraient faire tout leur possible pour élaborer des normes internationales relatives aux droits de l'homme, les interpréter et les appliquer de sorte que ces normes et les règles du droit international de la protection de l'atmosphère se complètent afin de protéger efficacement l'atmosphère de la pollution et de la dégradation atmosphériques.**

---

constatations adoptées le 31 octobre 1994, *ibid.*, cinquantième Session, annexe X, sect. M, par. 16.1; *A.R.J. c. Australie*, Communication n° 692/1996, constatations adoptées le 28 juillet 1997, *ibid.*, cinquante-deuxième session (A/52/40), annexe VI, sect. T, par. 4.1; *Judge c. Canada*, Communication n° 829/1998, constatations adoptées le 5 août 2003, *ibid.*, cinquante-huitième session (A/58/40), annexe V, sect. G, par. 10.4; *Esposito c. Espagne*, Communication n° 1359/2005, décision adoptée le 20 mars 2007, *ibid.*, soixante-deuxième session (A/62/40), annexe VIII, sect. P, par. 7.5; *Munaf c. Roumanie*, Communication n° 1539/2006, constatations adoptées le 30 juillet 2009, *ibid.*, soixante-quatrième session (A/64/40), annexe VII, sect. LL, par. 4.14.

<sup>264</sup> La Cour européenne des droits de l'homme utilise le critère du "risque réel" lorsqu'elle procède à l'application extra-juridictionnelle de la Convention dans les affaires d'extradition. Voir *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161, par. 4; *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, par. 68; *Saadi c. Italie [GC]*, n° 37201/06, CEDH 2008.

<sup>265</sup> B. Simma et P. Alston, " Sources of human rights law: custom, jus cogens and general principles « *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, 1988, p.82 à 108; V. Dimitrijevic, « Customary law as an instrument for the protection of human rights », document de travail n° 7, Milan, Istituto per gli Studi di Politica Internazionale (ISPI), 2006; B. Simma, « Human rights in the International Court of Justice: Are we witnessing a sea change? », in D. Alland *et al.* (dir.), *Unity and Diversity of International Law : Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, p.711 à 737; H. Thirlway, " International law and practice. Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues, » *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015, p. 495 à 506.

2. Les États devraient faire tout leur possible pour se conformer aux normes internationales relatives aux droits de l'homme lorsqu'ils élaborent des règles et recommandations concernant la protection de l'atmosphère contre la pollution et la dégradation atmosphériques, les interprètent et les appliquent, en particulier en ce qui concerne les droits fondamentaux des groupes vulnérables, notamment les populations autochtones, les populations des pays en développement les moins avancés, les femmes, les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées.

3. Lorsqu'ils élaborent des règles pertinentes de droit international, les interprètent et les appliquent, les États devraient prendre en compte les effets de la montée du niveau des mers sur les petits États insulaires et sur les États de faible altitude, en particulier pour ce qui est des questions touchant les droits de l'homme et les migrations.

4. Les États devraient aussi prendre en compte les intérêts des générations futures concernant la conservation à long terme de la qualité de l'atmosphère.

## V. Conclusion

93. Dans le présent rapport, nous nous sommes employé à démontrer que le droit de la protection de l'atmosphère existe et fonctionne en interaction avec d'autres branches pertinentes du droit international, notamment le droit commercial international et le droit international de l'investissement, le droit de la mer et le droit des droits de l'homme. Ces domaines sont intrinsèquement liés au droit relatif à l'atmosphère et, à ce titre, doivent clairement être intégrés au champ du présent sujet.

94. Le prochain rapport, en 2018, portera sur : a) l'application (au niveau du droit interne); b) la conformité (au niveau du droit international); et c) les caractéristiques du règlement des différends relatifs au droit de la protection de l'atmosphère, points qui devraient conclure l'examen en première lecture du sujet.